

Gestación por sustitución

Realidad y Derecho

Eleonora Lamm

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
Argentina

*Abstract**

Este artículo tiene por objeto analizar en profundidad la gestación por sustitución, los argumentos que se esgrimen a favor y en contra de esta compleja figura, su situación legal a nivel mundial y sus consecuencias y realidad, a los efectos de demostrar la necesidad de su contemplación legal a nivel nacional e internacional.

This article aims to analyze the surrogate motherhood in depth, the arguments put forward in favor and against this complex figure, its legal situation worldwide and its consequences and reality, in order to demonstrate the need for legal contemplation at national and international level.

Title: Gestational Surrogacy. Reality and law.

Palabras clave: técnicas de reproducción asistida, gestación por sustitución, acuerdos de maternidad subrogada internacional, turismo reproductivo, interés superior del niño.

Keywords: assisted reproductive technologies, surrogate motherhood, international Surrogacy agreements, reproductive tourism, Best Interest of the Child.

* Algunas de las ideas y propuestas que se esgrimen en este trabajo han sido esbozadas en LAMM, Eleonora (2012), "Gestación por sustitución. Cuando la realidad y la necesidad de seguridad jurídica superan la legalidad", LLOVERAS y HERRERA (Dirs.) *Segundo Libro sobre El Derecho de Familia en Latinoamérica, Las familias en el Derecho contemporáneo. Los desafíos sociales*, (en prensa), y LAMM, Eleonora, (2011), "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 50, julio 2011, p. 107.

Sumario

1. Introducción
2. Posturas y argumentos en contra y a favor
3. Situación legal mundial
 - 3.1. Prohibición de la gestación por sustitución
 - 3.2. Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones
 - 3.3. Admisión amplia
4. Tendencias en el derecho comparado
5. El turismo reproductivo como consecuencia de la diversidad de respuestas locales
 - 5.1. Análisis
 - a) Incapacidad de los comitentes y del niño de volver a su país debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje para el niño
 - b) El Estado de los comitentes no reconoce la filiación reconocida en el otro Estado en que tuvo lugar el acuerdo de gestación por sustitución por razones de orden público
6. Hacia una convención internacional
7. La situación en Argentina
8. Derecho y realidad. Necesidad de regulación
9. Una propuesta de regulación: el anteproyecto de reforma del Código Civil de Argentina
 - 9.1. Análisis del artículo
 - a) Sistema
 - b) Filiación
 - c) Comitentes
 - d) Requisitos para la homologación judicial
 - e) Revelación del origen
10. Reflexiones finales
11. Tabla de jurisprudencia citada
12. Bibliografía

1. *Introducción*

Si bien la gestación por sustitución¹ se nos presenta como una figura de la modernidad, lo cierto es que sus primeros antecedentes se encuentran en el antiguo testamento,² lo que me provoca el primer cuestionamiento: Si el Dios del Antiguo Testamento no veía nada malo en la subrogación... si los propios profetas bíblicos recurrían a madres de alquiler ... ¿Por qué nos cuesta tanto a nosotros aceptarla?

Tal vez desde una perspectiva androcéntrica, en un principio, solo se contempló como una manera de solucionar las necesidades e intereses del hombre en tener descendencia si su mujer tenía algún impedimento ¿Será porque ancestralmente se le ha imputado la esterilidad a la mujer, entonces existe como una aceptación antropológica y social a esta situación como modo de que las mujeres reparen sus culpas?³

Debo reconocer que se trata de una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos⁴ y que rompe con arraigadas

¹ Se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes. En Argentina, el Poder Ejecutivo por decreto 191/2011 creó una comisión para elaborar un Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial ("Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación"). Siguiendo la terminología adoptada por el anteproyecto presentado luego de un año de trabajo, y sobre el que volveré luego, me inclino por la denominación "gestación por sustitución" en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra "sustitución" especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. La palabra "subrogada", por su significado, se asocia con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: gestación y material genético. Véase la explicación terminológica de la Uniform Parentage Act, 2002.

² "Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella". Génesis 30:3 (1).

³ CANDAL (2010, p. 174).

⁴ Los aspectos éticos abundan y muchos son los cuestionamientos. ¿Cuál es el grado de estrés en la pareja comitente y especialmente de la gestante? ¿Puede la gestante prestar un consentimiento verdaderamente informado? ¿Pueden predecirse las emociones asociadas con ceder a un niño? ¿Cuáles son los posibles efectos psicológicos en el niño? ¿Qué crisis de identidad puede producirse? ¿Habrá un deseo por parte del niño de conocer a quien fuera la gestante? ¿Los acuerdos de gestación por sustitución deberían autorizarse sólo para parejas infértiles, o también por motivos de conveniencia? ¿Es éticamente correcto que se le pague un monto a la gestante? ¿Esto conduciría a la posible explotación de las mujeres? ¿Qué pasa cuando nadie quiere un recién nacido discapacitado? ¿Corresponde decirle al niño que para su existencia se ha recurrido a una gestante? ¿Qué tipo de registros se deben mantener? ¿Debería el niño nacido tener acceso a ellos? ...

reglas, tales como la máxima del derecho romano “mater semper certa est”, consagrando que la Madre es siempre cierta. Esta máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto. En otras palabras, el incólume principio “mater semper certa est” hace crisis, y en el momento presente deja de ser incuestionablemente un hecho cierto.

Aunque con raíces remotas, la gestación por sustitución alcanzó la visibilidad pública a mediados de 1980, cuando tuvo lugar el primer caso a nivel mundial que atendió la problemática de la gestación por sustitución, el caso *Baby M.*⁵ No obstante este dato, el primer caso de gestación por sustitución reportado en el mundo ocurrió en 1984 cuando los óvulos de una mujer sin útero, fueron transferidos al útero de una amiga que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética. Desde entonces se ha convertido en un método cada vez más popular en lo concerniente a la tecnología reproductiva, aunque su aceptación no es pacífica.⁶

2. Posturas y argumentos en contra y a favor

Por un lado, una parte de la doctrina⁷ se muestra contraria a esta figura. Argumentan que se trata de contratos inmorales y que de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, de nulidad absoluta, por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano.

Para estos autores, la gestación por sustitución supone una explotación de la mujer debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas o, como consecuencia del turismo reproductivo, que se verá luego, a la utilización de las mujeres de los países del tercer mundo o periféricos, por las mujeres de países del primer mundo. Sin perjuicio de que también puede conllevar a situaciones de abuso respecto de el o los comitentes, generalmente “desesperados” por tener un hijo.

También se argumenta que estos acuerdos implican la manipulación del cuerpo femenino, como consecuencia de los distintos tratamientos (ya sea que se trate de

⁵ *In Re Baby M*, 537 a.2d 1227 (N.J. 1988).

⁶ Investigaciones muestran que las personas que practican alguna religión aceptan menos la subrogación que otras que no practican ninguna. HAKIN *et al.* (2002, p.192).

⁷ En Argentina entre los partidarios en contra se encuentran: ZANNONI (1998, p. 533), BOSSERT *et al.* (1985, p. 237), RIVERA (2007, p. 414), BORDA (2008, pp. 28 y ss.), D'ANTONIO *et al.* (2001, p. 71), WAGMAISTER (1990, p. 20), LEVY *et al.* (1995, p. 440), IÑIGO *et al.* (1991, p. 1135), HOOFT (1999, p. 45), BASSET *et al.* (2011, p. 47), SAMBRIZZI (2010, La Ley on line), SAMBRIZZI (2012, p. 24).

inseminación artificial, FIV, ICSI, u otro tipo de técnica) a los que deberían someterse las mujeres para alcanzar el embarazo. Se afirma que la lucha de la mujer por no ser apreciada exclusivamente por su capacidad de gestar es ya larga y difícil. Resulta positivo que la Ley impida que se extiendan prácticas que podrían llevarnos a la utilización del cuerpo de la mujer como mero recinto gestador. Sin duda, esta práctica puede constituirse en una forma de manipulación del cuerpo femenino, inadmisibles en una sociedad democrática.⁸

En este sentido, se sostiene que la gestación por sustitución importa una cosificación de la mujer en virtud de que la gestante se convierte en un mero “ambiente” o “incubadora humana” para el hijo de otro.⁹ Esta cosificación, por un lado, atenta contra la libertad y autonomía de las mujeres debido a que éstas no consienten libremente. Se afirma que “Es discutible si las mujeres están eligiendo libremente, o si su voluntad está socialmente y económicamente¹⁰ influenciada”.¹¹ Pero, además, aunque no sea remunerado (amiga o pariente) se discute ¿Hasta qué punto las presiones familiares pueden atacar ese libre consentimiento forzando a la mujer a acceder a la gestación por sustitución? Por otro lado, y a su vez, atenta contra la salud física de la mujer, en tanto el procedimiento puede afectar la salud de la gestante; y contra la integridad psíquica de la mujer, en virtud de que las gestantes no pueden, de antemano, predecir cuáles serán sus actitudes hacia los niños que dan a luz.

Sin perjuicio de lo dicho, se resaltan los posibles menoscabos para los niños que nacen como consecuencia de esta práctica. Se argumenta que ésta puede provocar perjuicios al niño por el quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación; por las dificultades de aceptación social y por los inconvenientes que puede generar el tener que hacer frente a varias figuras maternas. Además, y principalmente, se sostiene que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo en objeto de comercio debido a que es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de

⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ (1994, p. 142). El Informe de la Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro e Inseminación Artificial Humana, aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986, sostenía que la gestación por sustitución puede “constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo puede contribuir), inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles, pero no por ello de larvada realización”.

⁹ Se argumenta que se pretende divorciar el embarazo del conocimiento consiente de la mujer de que va a dar a luz a su hijo, convirtiéndola así, en una mera máquina incubadora del hijo de otro. VAN NIEKERK *et al.* (1995, pp. 345-349).

¹⁰ En Estados como la India, las madres de alquiler pueden ser capaces de ganar –en una subrogación– un ingreso de aproximadamente diez veces más que el de su marido al año.

¹¹ GUPTA (2006, p. 32).

propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto.

Además, se argumenta que la gestación por sustitución plantea problemas de difícil solución en el caso de aborto¹² y suponen muchas veces un fraude a las normas de adopción, llegando a rondar tipos delictivos como la compraventa de niños y la supresión de identidad.

Por otro lado, un número cada vez más creciente de doctrinarios¹³ se muestran a favor de la gestación por sustitución sobre la base de que ésta importa una manifestación del derecho a procrear.¹⁴ Se argumenta que en la salvaguarda de la dignidad humana no se encuentra en absoluto el único valor fundamental que debe asegurarse frente a la gestación por sustitución, pues hay que pensar también en la protección del matrimonio o de la familia, particularmente en su tradicional función procreadora.¹⁵

¹² Véase, por ejemplo, el caso de la pareja canadiense que requirió a la gestante abortar luego de descubrir que el feto padecía de síndrome de down. NEWMAN (2010). Otro caso, más complejo tuvo lugar en Estados Unidos. Helen Beasley, británica de veintiséis años, acordó con una pareja americana llevar a cabo una gestación, tras haberle implantado un óvulo fecundado con el esperma del varón de la pareja, con la finalidad de ceder a ésta todos los derechos sobre el niño nacido de esta técnica. La pareja estadounidense acordó pagarle 19.000 dólares. Pero en el contrato incorporan una cláusula que estipulaba que se realizara una “reducción selectiva” en caso de producirse un embarazo múltiple. La mujer portadora quedó embarazada de gemelos. Se lo comunica a la pareja y ésta solicita que se deshaga de uno de los fetos al final de la decimotercera semana. Sin embargo, ella se niega alegando que peligraba su vida y la de los niños. La pareja, entonces, amenaza con no cumplir con sus obligaciones financieras. Finalmente, da a luz a los niños y decide no entregarlos a la pareja estadounidense. Los Tribunales californianos otorgan la custodia a la pareja comitente. El Tribunal Supremo inglés concluye que el matrimonio tenía la custodia según las leyes californianas, pero la gestante tiene responsabilidad legal bajo las leyes inglesas, puesto que éstas prohíben la gestación de sustitución. Se apela finalmente a los Convenios internacionales sobre secuestro de niños determinando que podrían volver a EE.UU. sólo si habitualmente residieran allí. Dado que el juez consideró que no tenían lugar de residencia habitual, el matrimonio estadounidense perdió la apelación y los mellizos, de momento, podrán quedarse en Inglaterra. SOUTO GALVÁN (2006, pp. 181-195). La casuística es enorme, por lo que entiendo que las partes deberían tener en cuenta esta problemática al realizar el acuerdo, procurando tener la misma postura en lo que respecta a la interrupción del embarazo.

¹³ En Argentina entre los partidarios a favor se encuentran: FAMÁ (2011, p. 1), KEMELMAJER DE CARLUCCI *et al.* (2011, pp. 1 y ss.), KEMELMAJER DE CARLUCCI *et al.* (2012, en prensa), HERRERA (2008, p. 186), LAMM (2011, p. 107), DREYZIN DE KLOR *et al.* (2011, pp. 301-329).

¹⁴ Implícito en el derecho a la libertad, la dignidad humana, el derecho a fundar una familia y el libre desarrollo de la personalidad.

¹⁵ ALBARRÁN GARCÍA (2011, p. 46).

También se apela a la libertad reproductiva que importa la libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y al derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo.¹⁶

Se sostiene que si bien una de las principales objeciones a la gestación por sustitución es que es inmoral, el argumento de que la ley debe castigar la inmoralidad es antiguo y está desacreditado. La opinión de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral ha sido refutada con éxito hace más de 150 años por John Stuart MILL, que introdujo el “principio del daño”, un hito de valor incalculable para cualquier sociedad liberal y pluralista.¹⁷ Por lo tanto, se argumenta que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan dañar a otros,¹⁸ conforme se verá luego. En similar sentido, se afirma que el Estado no debe hacer cumplir un conjunto de valores a quienes no comparten esos valores y, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, debería permanecer neutral.

En cuanto al argumento de la explotación o cosificación de la mujer gestante, se sostiene que tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay por qué hablar de explotación, ni aún interviniendo dinero. El argumento de la explotación es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer.¹⁹ Para algunos, incluso, el hecho de que la gestación por sustitución sea comercial tampoco justifica que la subrogación deba prohibirse o que los contratos de gestación por sustitución no puedan ser ejecutables.²⁰ Se entiende que el argumento de la cosificación o comercio priva a la mujer del derecho a la privacidad y autodeterminación y las trata injustamente respecto de las agencias de adopción y clínicas de fertilidad, desde que sí se aceptan pagos a éstas pero no a las mujeres que están dispuestas a cambiar sus vidas por nueve meses –y más– para traer un niño al mundo.²¹

También se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para argumentar a favor de la regulación y admisión de esta figura atento a que es la única opción que tiene una pareja de dos varones de tener un hijo genéticamente propio.

Además, porque no hay solución para quien quiere ser madre jurídica, pero necesita de otra para gestar (por razones biológicas o médicas, como por ejemplo para los

¹⁶ PYTON (2001, pp. 20-21), ANDREWS (1986, pp. 28-38).

¹⁷ MILL (1859, pp. 13 y ss.).

¹⁸ HATZIS (2009, pp. 205 y ss.).

¹⁹ WERTHEIMER (1997, pp. 1215-1229), MCLACHLAN *et al.* (1991, pp. 90 y ss.).

²⁰ WERTHEIMER (1997, pp. 1215-1229), MCLACHLAN *et al.* (1991, pp. 90 y ss.).

²¹ ANDREWS (1986, pp. 28-38).

casos de carencia congénita de útero –síndrome de Rokitanski–). En cambio, si la mujer que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal que pretende ser. Así, ante el análisis comparativo de las situaciones se sostiene que la admisión de la gestación por sustitución se presenta como una solución más justa. ¿Por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que lo haga recurriendo a la donación de la “capacidad de gestación”?

En lo que respecta a la adopción, se afirma que la gestación por sustitución se justifica por diferentes razones:

- a) Los arduos y largos procesos para adoptar un niño impulsan a muchas parejas a buscar esta alternativa;
- b) Ha descendido el número de niños dados en adopción (especialmente en EE.UU.);
- c) No es justo ni moral establecer un doble estándar para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí los tienen: deber moral de adoptar para unos y exclusión del mismo para otros;²²
- d) La gestación por sustitución permite que al menos un comitente aporte su material genético.²³

También se argumenta que la gestación por sustitución no atenta contra la salud física y psíquica de la gestante. Los estudios no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes.²⁴ Además, se sostiene que es muy difícil construir una teoría sólida sobre la influencia y la naturaleza del intercambio prenatal, ya que depende de cada mujer y aparenta ser totalmente singular. Se han observado una multitud de casos en las clínicas: algunas mujeres sólo se sienten apegadas al niño durante el embarazo, otras no pueden tolerar la gestación y sólo sienten amor por su hijo una vez que nace, otras no presentan problemáticas en relación con el embarazo. Estas observaciones demuestran que el embarazo no hace a la madre y que el desprenderse del niño que han gestado no importa necesariamente un daño.²⁵

Así, la libertad adquirida ante el conocimiento de que no todas las mujeres se relacionan con los embarazos en la misma forma, llevó a algunas mujeres a actuar como gestantes.

²² CAMACHO (2009, p. 15).

²³ Conforme un estudio realizado por VAN BALEN, la mayoría de las personas (86%) que sufren de problemas de fertilidad busca ayuda médica (que permite el vínculo genético) y sólo una minoría recurre a la adopción. VAN BALEN *et al.* (1996, pp. 19-27).

²⁴ VAN DEN AKKER (2003, pp. 145-161), HANAFIN (1987, pp. 1 y ss).

²⁵ ANDRÉ *et al.* (2008, p. 119), RAGONE (1994, p. 75), POOTE *et al.* (2009, pp. 139-145).

PURDY²⁶ cuestiona la imagen de que la maternidad ideal está constituida por una progresión natural del embarazo, el parto y la crianza del niño. En su opinión, este ideal implica una “apelación a la naturaleza que ignora los esfuerzos de las mujeres para trascender la identificación de las mujeres con la naturaleza”. La autora sostiene que siempre habrá mujeres que amen estar embarazadas, pero que no disfrutan particularmente de la crianza de los hijos, y que sería lamentable que la presión social generada por la “versión idealizada de la maternidad” les impida ser madres a las mujeres infértiles que de otro modo no podrían tener hijos.

Por último, pero no menos importante, se sostiene que la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño²⁷ debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución.²⁸ Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo dicho, no se puede dejar de advertir que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente.

Sintetizadas ambas posturas, del balance de estos argumentos surge la pregunta obligada: ¿Es conveniente prohibir la figura de la gestación por sustitución, declarar la nulidad del convenio y reconocer siempre y en todo caso la maternidad en la gestante, o se debe regular esta figura, y reconocer la filiación de aquel/aquellos que han querido y buscado ese hijo, no obstante cualquier dificultad que se lo impedía? ²⁹

²⁶ PURDY (1992, pp. 309-311).

²⁷ Hasta la fecha ningún estudio científico de la gestación por sustitución ha demostrado el potencial daño para el niño, en términos de la psicología prenatal. MASSAGER (2001, pp. 482 y ss.).

²⁸ Véase GOLOMBOK *et al.* (2004, p. 50), GOLOMBOK *et al.* (2001, pp. 599-608).

²⁹ Ya en el año 2005, la ESRHE (European Society of Human Reproduction and Embryology) sostuvo que la gestación por sustitución es un procedimiento aceptable (aunque siempre que sea altruista y para ayudar a una pareja para la que es imposible o tiene medicamente contraindicado para llevar un embarazo). Para el ESRHE las objeciones morales contra el procedimiento y los riesgos y complicaciones potenciales no son razones suficientes para prohibir completamente la gestación por sustitución. Es esencial la existencia de medidas y directrices con el fin de proteger a todas las partes, para garantizar la toma de buenas decisiones y minimizar el riesgo. COHEN *et al.* (2005, pp. 2705-2707).

3. Situación legal mundial

En el derecho comparado se encuentran 3 posturas:

- a) prohibición de la gestación por sustitución;
- b) admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones;
- c) admisión amplia.

3.1. Prohibición de la gestación por sustitución

En muchos ordenamientos, tales como Francia,³⁰ Alemania, Suecia, Suiza, Italia,³¹ Austria³² o España, la regla es la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

El Comité Consultatif National d'Ethique de Francia en su Opinión núm. 3 del 23 de Octubre de 1984, no se manifiesta a favor de la gestación por sustitución en tanto ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. La misma postura negativa se reitera en la opinión núm. 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre "Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación" y en su reciente opinión núm. 110, de mayo de 2010, sobre "Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui (gpa)". En esta última afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

La ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90, en su art. 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que: "1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento".

³⁰ Cabe tener en cuenta que si bien el art. 16-7 Cod. Civ., dispone que "*Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo*", la madre biológica tiene derecho a mantener su anonimato (accouchement sous X), por lo que en el derecho francés, la maternidad legal de la madre biológica no es sacrosanta.

³¹ El art. 4.3 de la ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004, prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo. No hay duda que también está prohibida la gestación por sustitución.

³² Conforme al artículo 2.3 de la ley federal sobre reproducción asistida, del 1 de julio de 1992, los ovocitos y embriones sólo pueden ser utilizados en el paciente del cual proceden. De esta manera, ni la donación de ovocitos ni la gestación por sustitución son opciones posibles en Austria.

En Suiza la gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal (“La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”) y por el artículo 4 de la ley federal sobre procreación medicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito).

La prohibición de la gestación por sustitución busca prevenir o eliminar su práctica. No obstante no se puede dejar de advertir que si bien la prohibición de los acuerdos de subrogación gestacional (en los que la gestante no aporta sus óvulos de modo que es necesario acudir a la fertilización in vitro con posterior implantación del embrión) pueden ser ejecutables a través del control de los intermediarios médicos, una prohibición relativa a los acuerdos de subrogación tradicionales (en los que la gestante sí aporta sus óvulos) es más difícil, ya que estos acuerdos pueden implicar una concepción “natural” o una inseminación artificial “casera”.

3.2. Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones

Tal es el caso del Reino Unido, Canadá, Brasil,³³ Israel, Grecia, México DF,³⁴ Australia, (Australian Capital Territory ACT), Queensland, New South Wales,³⁵ South Australia (SA), Victoria (VIC), Western Australia (WA), Sudáfrica³⁶ y Nueva Zelanda.

Este tipo de regulación se puede dividir en dos grupos:

³³ En Brasil la resolución núm. 1957, de 15 de diciembre de 2010 del Consejo Federal de Medicina (CFM), establece: “Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial”.

³⁴ Aprobada el 30 de noviembre de 2010 pero no publicada y aún pendiente de nuevo tratamiento en comisión como consecuencia de la “moción de censura” aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el pasado 20 de diciembre de 2011.

³⁵ Cabe destacar, por su novedad, que el art. 11 de la Surrogacy Act 2010 sanciona el turismo reproductivo.

³⁶ Children's Act (núm. 38/2005). Véase el caso que reconoció la doble paternidad de un matrimonio homosexual que había tenido un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución. WH and Others (29936/11) [2011] ZAGPPHC 185 (27 de septiembre de 2011).

(1) El primer grupo³⁷ regula un proceso de “pre-aprobación” de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la gestante deberán presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación.

En Israel, la ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996 se sancionó luego del caso *Nahmani c. Nahmani*.³⁸ La ley exige los siguientes requisitos: (1) los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre (Sect. 1); (2) la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación (Sect. 4(2)); (3) los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y espermatozoides del padre comitente (Sect. 2(4)); (4) la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente (Sect. 1, 2(3), b)); (5) la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera (Sect. 2(3), a)); (6) la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado (Sect. 2(5)). El acuerdo debe ser aprobado por un comité (Sect. 3). La Ley establece que la paternidad legal de un niño nacido por gestación por sustitución tiene que ser autorizada por orden judicial. Sin embargo, la regla por defecto establecida por dicha ley establece que los comitentes deberán ser los padres legales del niño (art. 11). La Ley dispone que, la gestante no puede rescindir el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción, y sólo si se prueba ante el tribunal que es en el mejor interés del niño (art. 13, a)). Tras la concesión de una orden de paternidad, la gestante no podrá rescindir el contrato (art. 13, b)). Se ha señalado que, desde que la Ley ha entrado en vigor en 1996, ninguna gestante ha tratado de rescindir el contrato y convertirse en la madre legal.³⁹ La Ley ha sido aplicada por los tribunales sólo a los acuerdos de subrogación realizados en Israel. La posición adoptada tanto por el Ministerio de Justicia, representado por el Procurador General y los tribunales, ha sido que la ley israelí no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial. En consecuencia, la subrogación transnacional ha sido utilizada eficazmente por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdos bajo la Ley 5746. Ahora bien, la Ley 5746 no se aplica a la subrogación que se lleva a cabo en el extranjero.

En Grecia la gestación por sustitución está regulada por dos leyes: la ley 3089/2002 y la ley 3305/2005. Conforme esta legislación, los contratos de gestación por

³⁷ Por ejemplo Grecia, Israel y Sudáfrica.

³⁸ CFH 240/95. 1995-6 IsrLR 1

³⁹ SHALEV (2011, p. 182). Los datos recogidos se refieren al período 1996-2009, en el que 265 niños nacieron en Israel de 208 nacimientos de alquiler de vientres, y se basan en los registros del comité legal.

sustitución están sometidos a una serie de requisitos. Así, el artículo 1458 de la ley 3089/2002 establece que: “La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas (éstas son las personas que desean tener un niño y la gestante, y en los casos en los que ésta está casada, de su esposo también). La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es medicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”. De esta manera, la gestación por sustitución sólo se permite después de una resolución judicial dictada por el tribunal de distrito donde residen los comitentes y la gestante.⁴⁰ El tribunal autoriza la subrogación si se presentan las siguientes condiciones: (a) La madre comitente debe probar que ella es incapaz de llevar el embarazo a término. (b) La madre comitente no debe exceder de la edad de cincuenta años.⁴¹ (c) La gestante debe probar al tribunal que está sana médica y mentalmente. (d) Las partes deben presentar ante el tribunal su acuerdo por escrito. (e) El acuerdo podría permitir la compensación de los gastos (el pago de los servicios o cualquier otro beneficio económico está prohibido). (f) Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento por escrito. (g) Los óvulos fertilizados no deben pertenecer a la gestante. (h) La gestante y los comitentes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes. Los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento, de la misma forma que los padres biológicos (excepción a la regla *mater semper certa est*). De acuerdo con el art. 1464 del Código Civil griego, “en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”.⁴² Ahora bien, dentro de los seis meses posteriores al nacimiento, la gestante o la madre comitente pueden impugnar la maternidad legal si prueban que se trata de una subrogación tradicional (es decir, que la gestante aportó sus óvulos). En estos casos la gestante se convierte en la madre legal con efecto retroactivo al día del nacimiento. El hospital sigue el procedimiento típico para la expedición del certificado de nacimiento (dejando constancia de que se trata de un caso de subrogación) y los comitentes deberán presentar el certificado al Registro Civil y declarar el nacimiento de “su” niño en diez días (como cualquier otra pareja). No obstante, también deberán presentar en el registro una copia de la resolución judicial.

⁴⁰ Además, la implantación sólo puede tener lugar después de la resolución judicial.

⁴¹ Ley 3305/2005, art. 4.1. Para HAZTIS este requisito es inconstitucional por varias razones, entre ellas, porque sólo se exige a la madre comitente y no al padre. HAZTIS (2009, pp. 205 y ss.).

⁴² En definitiva, la ley griega renuncia al principio según el cual es el parto el que hace la madre, y confiere la calidad de madre legal a la genética y de intención.

(2) En el segundo grupo, la regulación se refiere a poner en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución ex post facto. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación post-parto.

En el Reino Unido, en 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de gestación por sustitución. Esta normativa prohíbe: iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación, ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos, o recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de gestación por sustitución. Como se advierte, en Gran Bretaña la gestación por sustitución gratuita o sin precio no puede reputarse ilegal. En otras palabras, el Reino Unido ha venido manteniendo una actitud prohibitiva con respecto a la práctica comercial de la gestación por sustitución, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial (los intermediarios y la publicidad), pero admite la gestación por sustitución a título benévolo⁴³ y sin intermediarios. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere (pasado un período de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales.⁴⁴ En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una *parental order*⁴⁵ que transfiere la filiación inicialmente establecida, con respecto a

⁴³ Se admite el pago a la gestante de los *gastos razonables* que se deriven de la misma entendiéndose que esa prestación no priva al contrato de su gratuidad.

⁴⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, p. 32).

⁴⁵ Artículo 54 de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Órdenes parentales. (1) En un recurso presentado por dos personas ("los demandantes"), el tribunal podrá dictar una orden para que un niño sea legalmente tratado como hijo de los demandantes, si: (A) el niño ha sido gestado por una mujer que no es uno de los demandantes, como consecuencia de haber implantado en ella un embrión o esperma y óvulos o de inseminación artificial, (B) los gametos de al menos uno de los demandantes han sido utilizados para llevar a cabo la creación del embrión, y (C) se han cumplido las condiciones de las subsecciones (2) a (8). (2) Los demandantes deben ser: (A) marido y mujer, (B) constituir una unión civil, o (C) dos personas que están viviendo como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco. (3) Salvo en el caso previsto en el inciso (11), los demandantes deben solicitar la orden dentro del plazo de 6 meses a partir del día en que nace el niño. (4) En el momento de solicitud y realización de la orden: (A) el hogar del niño debe ser con los demandantes, y (B) uno o ambos demandantes deberán estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o la Isla del Hombre. (5) En el momento de la presentación de la solicitud ambos demandantes tendrán que haber alcanzado la edad de 18 años. (6) El tribunal deberá asegurarse de que ambos –(A) la mujer que ha gestado al niño, y (B) cualquier otra persona que sea padre del niño, pero no sea uno de los demandantes (incluyendo cualquier hombre en virtud de los artículos 35 o 36, o cualquier mujer en virtud de los artículos 42 o

la madre gestante, a los comitentes. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, en favor de los padres intencionales.⁴⁶ Esta regulación se ha visto reforzada, desde el pasado 1 de abril de 2009, con la entrada en vigor de la ley de fecundación y embriología humana (Human Fertilisation and Embryology Act, 2008) que mantiene los mismos principios pero extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.⁴⁷

El segundo sistema es más protector de la gestante. No pone en peligro su derecho a adoptar decisiones autónomas con respecto a su embarazo; conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad (*mater semper certa est*), y protege el derecho de la gestante a un cambio de parecer.⁴⁸ Adolece, sin embargo, de cierta ambigüedad ya que esto implica que la gestante es también madre, lo que socava o se enfrenta con la propia filosofía de la figura de la gestación por sustitución.⁴⁹

El sistema consagrado por el primer grupo es más radical. Es protector frente a incertidumbres jurídicas y los cambios psicológicos o de parecer debido a que el sistema requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio. Si bien puede no

43)- han consentido libre, incondicionalmente y con pleno conocimiento a la realización de la orden. (7) La subsección sexta no requiere el consentimiento de la persona que no puede ser hallada o es incapaz de darlo. El consentimiento de la mujer que gestó el niño no es eficaz con el fin de esa subsección si lo otorga en un plazo inferior a seis semanas después del nacimiento del niño. (8) El tribunal deberá asegurarse de que ningún dinero u otros beneficios (que no sean para los gastos razonables en que incurra) se ha dado o recibido por cualquiera de los demandantes para o en consideración de: (A) la confección de la orden, (B) cualquier acuerdo requerido por la subsección sexta, (C) la entrega del niño a los demandantes o (D) la realización de acuerdos con vistas a la adopción de la orden, a menos que sea autorizado por el tribunal.

⁴⁶ QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, p. 32).

⁴⁷ La Civil Partnership Act (2004) ya establecía una equivalencia de efectos entre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la unión civil que regula. La adopción conjunta de niños ya estaba permitida a las uniones registradas del mismo sexo. Ahora, a través del artículo 42 de la nueva ley se extiende la gestación por sustitución a estas parejas. QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, p. 32).

⁴⁸ Esto es precisamente lo que pasó en el caso *CW v NT & Anor* [2011] EWHC 33 (Fam). Se trata de un acuerdo informal -oral- entre la gestante y los comitentes, en el que ésta dio a luz a un niño ("T") concebido con espermatozoides del comitente ("Mr. W."). Luego de varios conflictos entre los comitentes y la gestante, ésta cambió de opinión acerca de la entrega del niño siendo autorizada a quedarse con él. El juez tuvo en cuenta el vínculo que se establece entre la madre y el niño durante el embarazo y los propios "riesgos" de los contratos de maternidad subrogada.

⁴⁹ Esto a su vez se enfrenta con la legislación sobre la donación de gametos, que asegura que los donantes no tienen ningún vínculo de filiación con el niño.

evitar por completo las futuras controversias que puedan surgir, lo cierto es que las disminuye y, en su caso, la hace más fáciles de tratar.

No obstante, también es objeto de críticas: se cuestiona si la renuncia temprana de la gestante puede ser verdaderamente consentida.

3.3. Admisión amplia

Tal es el caso de Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, entre otros.

La gestación por sustitución es absolutamente legal en Ucrania. Así lo permiten el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud. En este sentido, el Código de Familia, en su artículo 123.2 establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de TRA, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán la pareja. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes.

En Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia⁵⁰ y la ley federal de salud. (Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health, núm. 323-FZ) aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993. La parte médica de la gestación por sustitución viene regulada por la Orden núm. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia "Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina", de 26 de febrero de 2003.⁵¹ En Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener una buena salud psíquica y somática. Sólo se admite la gestación por sustitución gestacional.

⁵⁰ El Código de Familia (art. 51, punto 4) establece: "Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gestic, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante)".

⁵¹ RF Ministry of Health Order, núm. 67, de 26 de febrero de 2003 "On Application of Assisted Reproductive Technologies (ART) at Therapy of Female and Male Infertility" (*Prikaz Ministerstva zdravoohraneniya RF No. 67 of 26.02.2003 "O primenenií vspomogatelnykh reproduktsionnykh tekhnologiy (VRT) v terapii zhenskogo i muzhskogo besplodiya"*).

4. Tendencias en el derecho comparado

Hoy, la tendencia en el derecho comparado es hacia la regulación y la flexibilización.

Como se pudo advertir, muchos ordenamientos están regulando esta figura para dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente y, consecuentemente, el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. Muchos de esos Estados han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años: por ejemplo, Australia (ACT (2004)), Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008), Canadá (Alberta (2010)), Columbia Británica (2011, aún no en vigor), Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (la ley entró en vigor en 2010).

Además, muchas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando: tal es el caso de Rusia, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil o España.

En Rusia la “gestación por sustitución” consistía en la gestación de un niño genéticamente “ajeno” a la gestante para una pareja conyugal, de conformidad con la ley para la protección de la salud de los ciudadanos, (Fundamentals of Legislation on Protection of Citizens’ Health), núm. 5487-I de 1993; el art. 51, párr. 4.2 del Family Code; el art. 16, párr. 5 de la Federal Law on the Acts of Registration of Civil Status de 1997. Es decir, en principio debía tratarse de un matrimonio. No obstante, en todos los casos presentados ante la justicia que se conocen, los Juzgados han obligado a los órganos del Registro Civil a inscribir a los niños nacidos mediante gestación por sustitución a favor de personas solas⁵² o de parejas no casadas y esto ha sido recientemente admitido por la nueva ley federal de salud (Federal Law on the Basis of Protection of Citizens’ Health, núm. 323-FZ), aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993.

La nueva ley define la gestación por sustitución como: la gestación y el dar a luz a un niño (incluyendo el nacimiento prematuro) en virtud de un contrato celebrado entre una madre de alquiler (una mujer que gesta un feto luego de la transferencia de un embrión de donante) y los padres potenciales, cuyo material genético fue utilizado para la fecundación, o una mujer sola, para quien es imposible gestar y dar a luz a un niño por razones médicas.⁵³

⁵² Recientemente, en dos casos en los que los peticionantes eran “padres solos” se resolvió a su favor y fueron registrados como los padres legales de los niños nacidos mediante gestación por sustitución con ovocitos de donante. Véase, www.surrogacy.ru, www.jurconsult.ru y www.jurconsult.ru, compulsados el 12-02-2012.

⁵³ “Gestation of and giving birth to a child (including premature birth) under a contract made between a surrogate mother (a woman who carries a fetus after transfer of a donor’s embryo) and

Aunque la ley expresamente menciona a las mujeres solas, nada dice respecto de la posibilidad de que un hombre solo pueda acudir a la gestación por sustitución. En la práctica, como se vio, ambos, mujeres y hombres solos, acuden a esta figura; habrá que ver si la nueva ley provoca algún cambio.

En el caso del Reino Unido y de Grecia, si bien estos ordenamientos prohíben la gestación por sustitución cuando es de carácter lucrativo, en la práctica la situación está modificada.

En este sentido véase el caso *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), que fue el primer caso que otorgó una orden parental en un supuesto de gestación por sustitución internacional comercial. Luego de este caso se sucedieron muchos otros, como *L (A Minor)* [2010] EWHC 3146. Se trata de un contrato de gestación por sustitución celebrado en Illinois, EE.UU. El acuerdo era totalmente legal en esa jurisdicción, pero era ilegal en el Reino Unido, porque los pagos efectuados por los demandantes iban más allá de lo que se entiende por gastos razonables. De esta manera, no se cumplían los requisitos previstos por el art. 54 de HFEA, impidiendo que se otorgue una orden parental a favor de los solicitantes. No obstante, el juez tuvo en cuenta el interés superior del niño y sostuvo que el bienestar del menor no es sólo la primera cuestión a considerar por el tribunal, sino la principal cuestión. De este modo, cuando éste entra en conflicto con una política pública (como es la prohibición de pagar un monto que exceda lo que se entiende por “gastos razonables”) debe prevalecer el bienestar del menor, que en este caso se satisface si la filiación del menor se establece respecto de los comitentes. Algunos autores entienden que este fallo, que elude el requisito de la prohibición de remuneración para otorgar la orden parental, abre la puerta a la gestación por sustitución “comercial” o “lucrativa”, en el Reino Unido.⁵⁴

En Grecia el artículo 26 de la ley 3305/2005 impone una pena de prisión de hasta 2 años para quien publicite, actúe como intermediario mediante el pago de un precio, u ofrezca estos servicios por un precio, y no distingue entre la gestante, los intermediarios y los comitentes, y nada prevé para el niño nacido de un contrato de gestación por sustitución ilegal por su carácter comercial. Ante esta situación cabe preguntarse: ¿qué sería del niño si comitentes y gestante fueran condenados a dos años de prisión? El interés superior del niño hace que esta sanción carezca de fuerza legal.⁵⁵

Incluso en el Reino Unido la jurisprudencia ha otorgado una orden parental a favor de una persona ya fallecida.⁵⁶

potential parents, whose germ cells were used for fertilization, or a single woman, for whom it is impossible to gestate and give birth to a child by medical reasons”.

⁵⁴ En igual sentido, confirman esa jurisprudencia *IJ (A Child)* [2011] EWHC 921; *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180, y la reciente sentencia *Re X and Y (Children)* [2011] EWHC 3147 (Fam), etc.

⁵⁵Véase HAZTIS (2009, pp. 205 y ss.).

⁵⁶ Véase el caso *A and A v. P, P and B* [2011] EWHC 1738 (Fam).

En Israel, pasados 15 años desde la sanción de la ley, la gestación por sustitución está bastante aceptada. Tal es así, que en febrero de este año se conoció un caso en el que una mujer que había dado a luz a un niño, reclamó el subsidio que otorga el estado a las madres de trillizos, en virtud de que una gestante, 29 horas después de ese nacimiento, dio a luz a sus mellizos.⁵⁷

Además, como se vio, como la Ley de Israel no se aplica a la subrogación que se lleva a cabo en el extranjero, en estos casos, la pareja comitente debe solicitar una orden judicial de adopción. No obstante, en marzo de 2012, la justicia de familia de Tel Aviv autorizó que la comitente que había aportado sus gametos, sea inscrita como la madre legal de los gemelos nacidos mediante gestación por sustitución en Georgia, sin necesidad de acudir a la adopción.⁵⁸

Los Tribunales de Nueva York también han reconocido la maternidad en los casos de gestación por sustitución sin necesidad de requerir un proceso de adopción (véase *Doe v New York City Bd. of Health*, 5 Misc 3d 424; *Arredondo v Nodelman*, 163 Misc 2d 757). Véase lo resuelto recientemente por la Supreme Court of the State of New York, Appellate Division: Second Judicial Department in the case *T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health*, de 9 de agosto de 2011 (D32071 Y/kmb, 6557/09), que consideró que se debía reconocer la maternidad de la comitente sin necesidad de acudir a la adopción, y que tiene la autoridad para emitir una orden de la filiación materna. Que la discriminación entre las exigencias de una orden materna y paterna de filiación después del nacimiento no está justificada, y que la validez del contrato de gestación por sustitución es irrelevante para la cuestión de la orden de filiación, ya que al tribunal no se le pide hacer cumplir ese contrato.

En Brasil el 29 de enero de 2012 nació la primera niña inscrita como hija de dos padres. La gestante fue una prima de uno de ellos que actuó de manera altruista y con óvulo donado y semen de uno de los padres. El juez de 1ª Vara de Família de Recife, Clícério Bezerr, autorizó la inscripción.⁵⁹ Se trata del mismo juez que en agosto de 2011 autorizó el casamiento de la pareja.

En España, aunque la gestación por sustitución está prohibida y es nulo todo acuerdo (art. 10, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, de 5 de octubre de 2010 (BOE, de 7 de julio de 2010),⁶⁰ permite la

⁵⁷ Véase: www.haaretz.com, compulsado el 25-02-2012.

⁵⁸ Véase Judge: Biological mom of surrogate twins born abroad doesn't have to adopt them. Tel Aviv court rules mother can undergo DNA testing to prove maternity. Cfr. Joanna Paraszczuk: Jerusalem Post [Jerusalem], 08 Mar 2012: 5.

⁵⁹ Caso por “Processo de Indicação de Paternidade”, Requirientes “M.A.A.” y “W.A.A.”, de 28 de febrero de 2012. Juízo de direito da 1ª vara de família e Registro Civil da Comarca do Recife.

⁶⁰ Para algunos autores esta normativa es nula por infringir flagrantemente el principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico español, en cuanto que, el Ministerio de Justicia, a través de la

inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en los países cuya normativa la permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. Es decir, permite el acceso al registro de los casos “extranjeros”.

Los requisitos de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” del 05 de octubre de 2010 –especialmente el relativo a la resolución judicial extranjera– lamentablemente, según la Audiencia Provincial de Valencia no estaban presentes en un caso de un matrimonio de dos hombres que desde 2008 viene luchando por conseguir la inscripción de sus gemelos gestados y nacidos en Los Ángeles. La sentencia núm. 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011), por ser de fecha posterior, se refiere a la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, aunque confirmó la de la instancia inferior (sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010) que hizo lugar a la demanda interpuesta por el ministerio fiscal y ordenó la cancelación de dicha inscripción. La SAP de Valencia mantiene, entre otras razones –y sin perjuicio de la falta de cumplimiento de los requisitos de la instrucción– que existen “importantes obstáculos a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir [...] que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español”.⁶¹

Incluso, para la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, puede “considerarse al art. 10 de la Ley 14/2006 como una norma de policía, en el sentido del art. 9.1 del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales: una disposición cuya observancia un País considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, basta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación”.

5. El turismo reproductivo como consecuencia de la diversidad de respuestas locales

En términos generales, el “turismo reproductivo” puede definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las TRA.⁶² De forma más precisa, el fenómeno se identifica con el

Dirección General de los Registros y del Notariado, ha optado erróneamente por considerar que las normas reglamentarias pueden emplearse arbitrariamente en contra del Derecho vigente, vulnerando gravemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido y garantizado, pues el art. 9.3 de la norma suprema establece que la “Constitución garantiza [...] la jerarquía normativa”; como ya hacía el art. 1.2 CC: “Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”. Véase, VELA SÁNCHEZ (2012, p. 1), LASARTE ÁLVAREZ (2012, pp. 1 y ss.).

⁶¹ VELA SÁNCHEZ (2012, p. 4).

⁶² STORROW (2006, pp. 300 y 305).

desplazamiento de posibles receptores de TRA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla. La expresión “turismo reproductivo” resulta, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador.⁶³

La ESHRE se ha mostrado especialmente crítica con la terminología inicialmente propuesta porque considera que banaliza las razones por qué los individuos acceden a las TRA y, en su lugar, ha optado por la ya conocida expresión más neutra “Cross-border reproductive care” (CBRC).⁶⁴

El “turismo reproductivo” es preocupante por varias razones: es sólo una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo; es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las madres y los niños, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos. Además, desde que las prohibiciones legales suelen ser un reflejo del consenso social, es preocupante que algunos pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las leyes son más laxas. El turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. Los términos “Baby business” (“negocio de los bebés”) o “industria reproductiva” también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio. Algunos autores creen que las leyes deberían reforzarse, convirtiendo este tipo de turismo en ilegal. Otros ven una oportunidad de armonizar las leyes y facilitar la legislación para que la gente pueda satisfacer su deseo de tener un hijo donde sea posible y luego volver a casa. Por último, otros ven esta práctica como una garantía de equidad y autonomía para los futuros padres.⁶⁵

El turismo reproductivo da lugar a diferentes problemas que se presentan cuando los comitentes desean llevar al niño a “casa”, es decir a su Estado de residencia, una vez que el niño está en el Estado de residencia de los padres y se procura la inscripción del certificado de nacimiento extranjero o se demanda una acción judicial/administrativa para reconocer el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño ...

⁶³ FARNÓS AMORÓS (2010B, p. 7).

⁶⁴ FARNÓS AMORÓS (2010B, p. 9).

⁶⁵ Véase COHEN (2006, pp. 881-882).

5.1. Análisis

a) Incapacidad de los comitentes y del niño de volver a su país debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje para el niño

Esta situación especialmente se produce respecto de los niños nacidos en India, Rusia⁶⁶ y Ucrania, por ejemplo. Estos países, conforme a sus leyes, consideran padres a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes tienen que solicitar un pasaporte (u otros documentos de viaje) ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones, y por diversas razones⁶⁷ está denegado.

Como consecuencia de esta situación, el niño es apátrida y con filiación incierta. El niño se encuentra en un limbo jurídico y “atascado” en estos Estados (Ucrania, India, etc.) y los comitentes, no pueden permanecer allí indefinidamente, debido a los controles de inmigración.

En Argentina recientemente se ha presentado un caso de estas características. Se trata de un matrimonio homosexual de hombres que decidió recurrir a la gestación por sustitución en la India. El problema es que la India no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. Según la normativa vigente en la India, a los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento donde figura el nombre del padre –quien aportó el gameto masculino– y como nombre de la madre, la leyenda “madre subrogante o madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad india de la criatura, por lo que si al niño no se le confiere la nacionalidad argentina, adquiere el status de “apátrida”. El 28 de junio de 2011, el jefe de la Sección Consular de la embajada argentina en India, le comunicó al matrimonio lo dictaminado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos respecto de los nacimientos operados bajo la figura de la maternidad por subrogación. Para la Representación Consular Argentina no es posible dar curso a la inscripción de una partida de nacimiento en la que no figure el nombre de la madre, dado que ello no se ajusta al artículo 36, inciso c), de la Ley 26.413, que impone que dicha inscripción debe contener el nombre y apellido de ambos padres (del padre y de la madre), salvo que se trate de un hijo extramatrimonial (hijo de madre soltera), situación en la que no se hará mención del padre” (art. 38 de la Ley 26.413).

⁶⁶ La Federal Law on Citizenship of RF 2002, establece que si un niño nace en Rusia y es hijo de padres extranjeros, sólo adquiere la nacionalidad rusa si los padres tienen residencia permanente en Rusia y el país de la nacionalidad de los padres no le otorgaría su nacionalidad al niño nacido en Rusia.

⁶⁷ Entre estas razones, se suele argumentar especialmente la violación del orden público y el fraude a la ley. La consecuencia es que no se reconoce el acuerdo de gestación por sustitución, entonces, como los comitentes no son los padres (sino la gestante y en su caso su marido) no pueden pasarle su nacionalidad.

El cónsul general adjunto del Consulado de Mumbai, sostuvo que la única vía posible era una autorización judicial específica (esto es, una resolución judicial expedida por una juez competente de la República Argentina) que ordenara la inscripción en los registros del Estado argentino del niño nacido en India, a efectos de otorgarle la nacionalidad argentina por opción desconociendo el nombre y la nacionalidad de la madre aun cuando el padre sea de nacionalidad argentina.

Consecuentemente, se presentó un recurso de amparo el 15 de diciembre de 2011 para que el Ministerio de Relaciones Exteriores (a través de la Embajada de Argentina en la India) les confiera la documentación (certificado de nacimiento, pasaporte y documento de identidad) que reconozca la paternidad legal del matrimonio (sobre la base de la voluntad procreacional) y que el niño requiere para poder salir de la India.

El amparo judicial dio lugar a una negociación con el Ministerio de Relaciones exteriores quien manifestó que no existían obstáculos para la expedición de la documentación solicitada, pero que como el consulado ejerce funciones delegadas por el Registro Civil de la ciudad de Buenos Aires, se requería una autorización expresa de dicho organismo. Ante esta respuesta, se solicitó una Declaración de certeza administrativa. El 6 de marzo de 2012, el Registro Civil, informó que el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene facultades propias –y no delegadas– para inscribir nacimientos, defunciones y matrimonios en sus consulados requeridos por argentinos nativos o naturalizados, por lo que no corresponde autorizar a dicho Ministerio a efectuar los actos peticionados.⁶⁸ Esta respuesta habilitaría que el niño sea inscripto sin dificultades como hijo de ambos padres. Es decir, permitiría la coparentalidad legal.

En consonancia con la Resolución 38/12,⁶⁹ que instruye a la Dirección General de Registro Civil y Capacidad de las Personas para que “en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de niños/as, cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la ley 26.618, evitando adicionar constancias lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as” (art. 1) y también le ordena a dicha repartición “que suprima de los formularios, inscripciones, partidas y demás documentos oficiales toda referencia que pueda resultar una distinción entre solicitantes del mismo o diverso sexo, generando procesos de identificación y discriminación contrarios al principio de igualdad” (art. 4).

⁶⁸ Informe núm. 0.836, DGRC – 2012, Motivo: S/declaración de certeza administrativa.

⁶⁹Resolución núm. 038-SSJUS/2012, Buenos Aires, de 22 de febrero de 2012. Disponible en: www.boletinoficial.buenosaires.gob.ar

El 22 de marzo de 2012 se concedió el amparo.⁷⁰ Sobre la base del derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual y el interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares se autorizó a las autoridades del Registro del Estado Civil y capacidad de las personas de la Ciudad de Buenos Aires a proceder a la inscripción del nacimiento del/a niño/a de los actores ante la solicitud de inscripción de nacimiento que formule la embajada de la República Argentina en la India, estableciendo en dicho momento la co-paternidad de ambos padres, según lo establece la Resolución 38/12.

En el derecho comparado, un caso muy conocido fue *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2009] 1 FLR 733.

Se trata de matrimonio inglés que celebró un acuerdo de gestación por sustitución con una mujer casada de Ucrania, utilizando óvulos de donante y espermia del comitente. De conformidad con la Ley de Ucrania: padres son los comitentes, y ellos constan en el certificado de nacimiento. De conformidad con la Ley inglesa, los niños eran hijos de la mujer que dio a luz y su marido, debido a que la filiación se transmite una vez tramitada la orden parental. Este conflicto entre la ley ucraniana y la inglesa condujo a que los niños se queden sin filiación legal y sin nacionalidad, debido a que conforme las leyes de Ucrania, no se permitió a los niños obtener la nacionalidad ni la residencia ucraniana. Mediante un certificado de ADN (en el que se probó que el material genético correspondía al comitente) fueron autorizados a entrar en el Reino Unido para que los comitentes soliciten ante los tribunales ingleses la *parental order*, que estableciera la filiación en su favor. Afortunadamente, la orden parental finalmente se les concedió sobre la base del interés superior del niño. Se tuvo principalmente en cuenta que la negativa a otorgar esa orden conduciría a que los niños no sólo no tengan padres legales, sino que además serían apátridas.

Sin embargo, en muchos de los otros casos de gestación por sustitución internacional que se han conocido en los últimos tiempos, no ha tenido lugar este razonamiento ni una solución similar.⁷¹ Los niños han quedado atascados en los países en los que han nacido como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución y, en algunos casos, los comitentes hasta se han visto obligados a recurrir a estrategias que han derivado en la comisión de ilícitos penales para sacar al niño de ese país.⁷²

⁷⁰ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, de 22 de marzo de 2012, *D. C. G. y G. A. M. c G. C. B. A., s/Amparo*.

⁷¹ Entre los muchos otros casos que han tenido lugar, véase: *Baby Manji Yamada v Union of India & Anr*, de 29 de septiembre de 2008, (2008) INSC 1656; *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)*, [2008] 1 FLR 1047; *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)*, [2010] EWHC 1180; *Jan Balaz v Anand Municipality*, núm. 3020, Special Civil Application (Gujarat H.C. 2008), etc.

⁷² Véase el caso del comitente francés que intentó sacar a su hijo de Ucrania (disponible en www.rferl.org), o el matrimonio homosexual belga que también intentó sacar a su hijo de Ucrania (disponible en www.msnbc.msn.com).

b) El Estado de los comitentes no reconoce la filiación reconocida en el otro Estado en que tuvo lugar el acuerdo de gestación por sustitución por razones de orden público

Esto sucede, en general, en los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución se hizo en los EE.UU. (en un Estado que lo permite). Conforme las normas de ciudadanía de EE.UU., el niño que nace allí adquiere la ciudadanía de EE.UU. y por lo tanto, podría viajar de regreso a su país con un pasaporte estadounidense. Las dificultades, no obstante, comienzan cuando regresan a su país de origen⁷³ y los comitentes procuran la inscripción del certificado de nacimiento extranjero de donde surge la filiación o mediante una acción judicial/administrativa procuran que se reconozca el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño y esto es denegado, principalmente, por razones de orden público.

Como consecuencia de esta situación, el niño es residente en un Estado que no reconoce a sus padres como sus padres legales, lo que afecta al derecho del niño a la filiación, a adquirir una nacionalidad,⁷⁴ el derecho del niño a la identidad, la obligación de los Estados de asegurar que los niños no sean apátridas (etc.), con todas sus consecuencias prácticas.⁷⁵

Entre los muchos casos que han tenido lugar,⁷⁶ se encuentra el caso de los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja, 1ª Ch., de 6 de septiembre de 2010.

⁷³ A veces esto se produce ante la representación consular del país de origen en el Estado en el que se llevó a cabo el acuerdo de gestación por sustitución. En muchos casos se permite optar entre la inscripción del nacido ante la representación consular o ante el Registro Civil una vez de vuelta en su país.

⁷⁴ Si se hizo, por ejemplo, en India y se obtuvo una orden especial para poder sacar al niño, pero ello no le confirió nacionalidad. Véase, entre otros, el caso *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180, ya citado.

⁷⁵ Por ejemplo, si los comitentes se separan y se disputan la custodia del niño, si se reconoce la filiación legal de sólo uno de los comitentes y este muere o, si muere el que no fue reconocido (en términos de herencia), etc.

⁷⁶ Véase, 2006 (Kyo) núm. 47, decisión de 23 de marzo de 2007. También la *Sentenza della Corte d'Appello di Bari*, de 19 de febrero de 2009, que reconoció en Italia un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en el Reino Unido. Los hermanos, nacidos en el Reino Unido en 1997 y 2000, respectivamente, constaban en el registro italiano como hijos de la gestante y el padre biológico. Solo en 2007, como consecuencia de un proceso de separación matrimonial en Italia, se suscitó la rectificación de las actas del registro italiano. El tribunal accedió a la rectificación. Los argumentos sumarios fueron que la gestación por sustitución no era contraria al orden público internacional (parece que en su interpretación del orden público internacional italiano influyó decisivamente que la gestación por sustitución estuviese admitida en algunos países de la Unión Europea); que el orden público debe valorarse no en abstracto, sino en el caso concreto, valorando

Se trata de un matrimonio de varones casados en Bélgica que tiene gemelos en California mediante un contrato de MS. Una vez en Bélgica solicitaron la transcripción de los certificados de nacimiento. El Tribunal de Primera Instancia de Huy, en marzo de 2010, denegó la transcripción en los registros belgas sosteniendo que, como son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, su transcripción violaría el orden público interno. Puso énfasis en que estos contratos violan la dignidad humana. Esta sentencia fue parcialmente revocada por la de la Corte de Apelación de Lieja, 1ª Ch., de 6 de septiembre de 2010. La Corte distinguió entre el que era el padre biológico de las gemelas y el que no lo era. Conforme la legislación belga, como la gestante no estaba casada, el padre biológico podría haber reconocido a los niños y por lo tanto convertirse legalmente en su padre. Para el otro hombre, en la legislación belga, no había ninguna posibilidad de establecer un parentesco legal entre un niño y dos personas del mismo sexo, fuera de la adopción por parejas del mismo sexo. Entonces, aunque reconoció que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al orden público, sostuvo que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños que se vería afectado si los niños son privados del vínculo jurídico con su padre biológico. En otras palabras, para la corte, la negativa de reconocimiento de los certificados de nacimiento, impide el establecimiento de la filiación legal con el padre biológico, por lo que reconoció los certificados de nacimiento expedidos en California sólo respecto del padre biológico en la medida en que constituyen la base del vínculo legal de filiación.

No obstante este caso haber tenido un final “casi”⁷⁷ feliz, no sucedió lo mismo en Francia, con el conocido caso *Mennesson*.

El matrimonio francés *Mennesson* se desplaza en el año 2000 a California y celebra con una norteamericana, el contrato de “gestación por sustitución” por el que dará a luz al hijo de la pareja, concebido con los gametos del padre y un óvulo donado. La Corte Suprema de California confiere el 14 de julio de 2000 la calidad de padres a los esposos franceses y cuando nacen las gemelas Z y A, se las inscribe como hijas del Sr. X y la Sra. Y en las respectivas partidas. El Sr. X solicita al consulado de Francia en Los Ángeles, la transcripción de las actas, pedido que es denegado al sospecharse que las gemelas habían nacido por medio de una gestación por sustitución. El matrimonio nada dice sobre su proceder y no aporta prueba física del parto de la esposa y las actas son transcriptas sobre los registros de estado civil de Nantes el 25 de noviembre de 2002. El Ministerio Fiscal pide su anulación basándose en razones de orden público. El 25 de octubre de 2007, la Corte de Apelación de París, rechaza la acción de nulidad interpuesta por el Ministerio Fiscal. Se invoca entre otras cosas, el interés superior del niño, sobre la base del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 (CDN). La decisión fue recurrida ante la Corte de Casación. El 18 de marzo de 2010, este nuevo tribunal estima que la transcripción de las actas de nacimiento viola el orden público francés, por lo que se ordena su anulación. Ante esta resolución, los esposos *Mennesson* aducen que la decisión que reconoce la filiación de un niño nacido por gestación por sustitución como hijo de una pareja no es contraria al Orden Público Internacional (OPI) francés. Afirman que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño en los términos de la CDN, desde que lo decidido ocasionaría el efecto de privar a los niños de la posibilidad de establecer su filiación en Francia, donde tienen su residencia y se violaría el art. 8 de

los efectos derivados del rechazo de la demanda de rectificación en contraste con los derivados de su aceptación; y que, en el caso, tres de los cuatro interesados eran extranjeros. Véase CAMPIGLIO (2009, pp. 589-604), que realiza un estudio genérico de la *Sentenza della Corte d'Appello di Bari*, de 19 de febrero de 2009.

⁷⁷ Utilizo la expresión “casi” porque los niños no tienen vínculo legal con el otro padre.

la Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH) al no permitir el desarrollo del vínculo familiar y el art. 14, al tratarlos de manera diferente a la de otros infantes sólo por haber nacido por gestación por sustitución, privándoles de la nacionalidad de sus padres, en razón de hechos que no se les pueden imputar.

No obstante estas alegaciones, la Corte de Casación confirmó la sentencia de 2010, mediante la Sent. Cas. Civ., núm. 370, de 6 de abril de 2011. Justifica el rechazo de la transcripción del acta de nacimiento en la vulneración del OPI francés al chocar contra el principio esencial de la indisponibilidad sobre el estado de las personas. Se considera que la anulación no priva a los niños de su filiación materna y paterna reconocida por el derecho californiano ni les impide vivir con los esposos X en Francia, por lo que no atenta contra el respeto de la vida privada y familiar de los menores ni es violatorio del principio por el cual está jerárquicamente ubicado el interés superior del niño, garantizado convencionalmente. Los esposos Mennesson, ante este revés judicial, anunciaron que concurrirían con su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).⁷⁸

6. *Hacia una convención internacional*

Ante estos conflictos y el limbo jurídico en el que se encuentran hoy muchos niños, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución⁷⁹ cuya premisa es que como los casos de gestación por sustitución internacional aumentan día a día, se requiere de manera urgente una regulación internacional que contemple este apremiante problema socio-legal.

En este marco, la fundación Nuffield subvenciona el proyecto “International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for a Legal Regulation at the International Level”⁸⁰ a cargo de los profesores Paul BEAUMONT y Katarina TRIMMINGS, quienes realizan un trabajo destinado a sentar las bases de un proyecto sobre estos acuerdos y preparar un documento que sirva de base para una futura convención internacional sobre el tema, como iniciativa conjunta con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En el marco de este proyecto quien suscribe este trabajo fue

⁷⁸ Application núm. 65941/11, *Labassee and others v. France*, presentada el día 6 de octubre de 2011.

⁷⁹ Véase “Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements”. *Preliminary Document*, núm. 11, marzo de 2011. Y, además, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”. *Preliminary Document*, núm. 10, marzo de 2012 (disponible en www.hcch.net).

⁸⁰Cfr. www.abdn.ac.uk.

designada y tuvo a cargo la elaboración del reporte relativo a Latinoamérica, titulado "National approaches to Surrogacy: Spanish South American regional report".⁸¹

7. La situación en Argentina

Los diferentes proyectos de ley existentes demuestran que la necesidad de su regulación ya ha sido advertida.

Sin perjuicio de la gran cantidad de proyectos de ley para regular las TRA, actualmente en el congreso existen cuatro proyectos de ley que expresamente procuran regular la gestación por sustitución. Tres la admiten y procuran su regulación aunque con distintos requisitos (núm. de Expediente: 4098-D-2011. Trámite Parlamentario: 112 (17/08/2011); núm. de Expediente: 5201-D-2011. Trámite Parlamentario: 159 (25/10/2011); núm. de Expediente: 5441-D-2011. Trámite Parlamentario: 169 (08/11/2011)); y un cuarto la prohíbe y declara su nulidad, núm. de Expediente: 0138-D-2007 (Trámite Parlamentario: 002 (02/03/2007)).

Además, aunque Argentina carezca de ley que regule la gestación por sustitución, en la práctica esta se realiza, aunque mediante varios subterfugios como la impugnación de la maternidad o el reconocimiento por parte del marido que brinda sus gametos y por lo tanto, esta persona no incurriría en un reconocimiento complaciente al ser, efectivamente, el padre biológico y procediendo después su esposa a solicitar la adopción de integración.

Si la gestante es soltera se la implanta o insemina con semen del comitente. Nacido el niño, el comitente lo reconoce. Tiempo más tarde, la esposa del comitente petitiona la adopción de integración del hijo del cónyuge. Si la Gestante es casada, también se recurre a la adopción de integración, aunque previamente el marido de la gestante deberá iniciar una acción de impugnación de la paternidad (art. 259 CCiv. Argentino), alegando no ser el padre genético del niño nacido de su esposa a los efectos de que el comitente, a quien le corresponde el material genético, reconozca al niño. Posteriormente, la esposa del reconociente, petitiona la adopción de integración. Ambos casos importan una burla a los procedimientos de adopción, configurando un verdadero fraude a la ley. Pero, además, puede suceder que los comitentes no aporten material genético. Nacido el niño, el matrimonio solicita la adopción conjunta después que el niño ya ha

⁸¹ Cabe citar las Jornadas organizadas por ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado) en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre "Acuerdos de gestación por sustitución en el ámbito internacional", celebradas en San José de Costa Rica en noviembre de 2011. En el documento de trabajo que contiene los objetivos de ese encuentro, se expresa: "En 2009-2010, varios Estados expresaron su preocupación por el creciente número de acuerdos de gestación por sustitución que eran presentados ante las autoridades de sus Estados y la complejidad jurídica de esos casos". También se cita un documento con conclusiones elaboradas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, en la reunión realizada los días 7 a 9 de abril de 2011: "La conclusión del Documento Preliminar núm. 11 estableció que, a los fines de evaluar la posibilidad de una regulación internacional futura, los asuntos derivados de los acuerdos de gestación por sustitución en el ámbito internacional podrían ser considerados, o como parte de un marco más amplio sobre derecho internacional privado relativo al estatus del niño, o bien como un asunto de singular importancia en sí mismo".

forjado con ellos un fuerte vínculo afectivo, en tanto quien lo gestó y parió se lo entregó en forma directa. En principio, el derecho argentino no autoriza la entrega directa de la supuesta “familia biológica” a la pretensa adoptante (art. 318 CCiv.); sin embargo, varias decisiones judiciales, con fundamento en el interés del niño, han convalidado esa elección cuando se ha acreditado un fuerte vínculo afectivo. En la situación planteada, la adopción contraría la letra de la ley.

También, en algunos casos, se falsifican las partidas de nacimiento a los efectos de que la comitente figure como madre, en lugar de la gestante que dio a luz. En Argentina esto configura un delito tipificado en los arts. 139 y ss. del Código Penal argentino.

Además, Argentina también cuenta con casos jurisprudenciales. Sin perjuicio del caso de gestación por sustitución internacional ya analizado, hace más dos años, una sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, de 14 de abril de 2010, Entre Ríos,⁸² colocó sobre el escenario judicial una realidad silenciada, al menos en el campo jurisprudencial. En este caso la mujer que aportó el material genético era también quien tenía la voluntad procreacional (comitente), planteó la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado.

Una mujer que aportó el óvulo para la fecundación “in vitro” del niño interpuso demanda de impugnación de la filiación de la mujer que había dado a luz y, consecuentemente, aparece como madre legal del niño en la partida de nacimiento. El Juez de primera instancia declaró improponible la demanda en tanto negó legitimación a la actora; fundó su decisión en el art. 262 el Código Civil argentino (que dispone que la acción intentada por la madre sólo es procedente cuando alega sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo) y en la jurisprudencia interpretativa (que requiere se den razones que descarten su autoría o participación en hechos que signifiquen imputarle un obrar irregular). La actora apeló. Calificó de arbitraria la resolución, por obstruir el acceso a la justicia y la búsqueda de la verdad objetiva. Fundó la necesidad de flexibilizar los principios procesales que rigen en una materia en la que está en juego la identidad de la persona en diversos principios constitucionales. La cámara revocó el decisorio. Interpretó que en el supuesto de impugnación de maternidad previsto en el art. 261 del Código Civil prima el vínculo biológico de la filiación, tanto es así que el texto sólo requiere “no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo”, objetivo puesto de manifiesto en el sistema creado por la ley 23.264, ángulo desde el cual deben interpretarse el art. 262 y los distintos supuestos que puedan presentarse. En ese marco, el art. 262 faculta para impugnar la maternidad a “todo tercero que invoque un interés legítimo” y, precisamente, la amplitud de los legitimados activos consagrada responde a “la decisión adoptada por los legisladores con respecto al sinceramiento de las relaciones de familia y a la trascendencia del nexo biológico”, con lo cual, quien pretende el reconocimiento de su vínculo biológico como madre impugnando el emplazamiento de quien figura como tal, no se encuentra excluida por el art. 262, norma que debe interpretarse de modo armónico con el art. 261 del mismo cuerpo legal. Al resolver favorablemente la cuestión de la legitimación, la Alzada remitió el caso a primera instancia para que, oportunamente, dicte sentencia sobre el fondo del asunto. ¿Qué debería resolver el juez? ¿Mantener la filiación materna en cabeza de la mujer que dio a luz a un niño con el que no tiene vínculo genético ni voluntad procreacional

⁸² Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, de 14 de abril de 2010, B., M. A. c. F. C., C. R., La Ley on-line, AR/JUR/75333/2010.

pero a quien se le ha aplicado irrestrictamente la regla “la madre siempre es cierta” o, en atención a la identidad genética, sumada a la volitiva, establecer la filiación a favor del matrimonio que encomendó la gestación?

*8. Derecho y realidad. Necesidad de regulación*⁸³

De todo lo dicho se desprende la necesidad de regulación de esta práctica.

Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Sin perjuicio de que estas estrategias, en muchos casos, conllevan una intrínseca violación de derechos.

Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa. La explotación de las mujeres sólo puede evitarse –atento a que se hace– con una regulación que controle y limite esta práctica.

Las limitaciones legales⁸⁴ (o las limitaciones que surgen de la falta de regulación legal) son discriminatorias por tres razones especialmente:

1. Fomentan el “turismo reproductivo”. Las parejas con recursos económicos siempre tienen la oportunidad –no sin inconvenientes, como se vio– de ir a los países donde la gestación por sustitución está permitida, mientras que las parejas más pobres no tienen esta opción. La realidad es que pese al vacío legal, las personas recurren a este procedimiento en los países donde está permitido, por lo que además, el sistema jurídico debería otorgar respuesta frente a la solicitud de inscripción de ese nacimiento producido en el extranjero.⁸⁵

⁸³ LAMM (2011, pp. 107-132).

⁸⁴ Dentro del marco legal argentino se sostiene que la gestación por sustitución, como potencial herramienta para las personas que desean tener un hijo y se encuentren imposibilitadas de lograrlo por otros medios, viene a ocupar un espacio protegido en el ordenamiento jurídico argentino por los “derechos personalísimos” consagrados en la Constitución Nacional con la incorporación de los Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales previstas en el artículo 75, inciso 22, otorgándoles jerarquía constitucional, y por diferentes leyes que fueron regulando su ejercicio. Se entiende que los derechos a la privacidad y libertad, como derechos personalísimos, se constituyen como el marco del “derecho a procrear” y el derecho a la procreación debe ser garantizado en torno a la libertad para seleccionar los medios necesarios para ejercitarlo.

⁸⁵ LLOVERAS *et al.* (2011, p. 18).

2. En Argentina, no obstante la falta de regulación legal de las TRA, sí se permite recurrir a la donación de ovocitos, de modo que se ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos propios por carecer de ovarios, por lo que habría que considerar la posibilidad de permitir esta práctica para ayudar también a aquellas mujeres que no pueden gestar, por ejemplo, por carecer de útero. Desde un punto de vista médico, son muchas las demandas existentes hoy en día.

Durante un simposio sobre los aspectos éticos y legales del uso de las TRA llevado a cabo en Buenos Aires en junio de 2011, promovido por la Sociedad Argentina de Andrología, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva y la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 80 reproductólogos debatieron sobre distintos aspectos de las TRA: el 53% de los reproductólogos estuvo de acuerdo con la gestación por sustitución; y para el 96% de los que estuvieron de acuerdo debe tratarse de una mujer en edad reproductiva sin útero, pero que aún conserva sus ovarios, o si el embarazo pone en riesgo su vida.

3. La gestación por sustitución representa la única opción que tiene una pareja homosexual compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque sólo de uno de ellos), por lo que, conforme a los principios de libertad, igualdad y no discriminación, éste se convierte en un argumento más a favor de la legalización y regulación de estos convenios, especialmente luego de la sanción de la ley 26.618⁸⁶ que además permite la adopción.

La regulación se convierte en la solución que mejor satisface el interés superior del niño.⁸⁷ Sin perjuicio de lo dicho en el apartado segundo, cabe tener en cuenta que la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no se le causa ningún daño. La clave de la defensa de estos principios superiores que se consideran implicados es, cómo no, una regulación que impida su conculcación.⁸⁸

Coincido con VAN NIEKERK y VAN ZYL quienes afirman que la gestación por sustitución no necesariamente importa una cosificación o degradación del niño,⁸⁹ y que es más probable que la prohibición o criminalización de la gestación por sustitución resulte en un daño sustancial para el niño.⁹⁰

⁸⁶ Sancionada el 15 de julio de 2010 (BO, de 22 de julio de 2010).

⁸⁷ Véase SHIFFRIN (1999, pp. 117-148).

⁸⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, p. 14).

⁸⁹ VAN NIEKERK *et al.* (1995, b, pp. 163-170).

⁹⁰ VAN NIEKERK *et al.* (2000, pp. 404-409).

No regular o considerar ineficaces los acuerdos de gestación por sustitución no sólo trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas, sino que contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su destino biológico.

Muchas feministas, como ANDREWS⁹¹ y PURDY,⁹² han acogido con satisfacción los acuerdos de subrogación como una forma de ilustrar que gestar y criar un niño son dos actividades humanas distintas. Gestar un niño es una función biológica de la que no necesariamente deriva que la mujer deba criarlo. La biología no debería determinar el destino.

Me interesa destacar lo resuelto en el caso *In re Roberto*⁹³ en el que la Court of Appeals of Maryland permitió que la gestante removiera su nombre del certificado de nacimiento, basándose en el estado de igualdad de derechos, debido a que la ley de paternidad de Maryland permite a los hombres negar la paternidad sobre la base de la falta de vínculo genético.

En último término, la anulación de los acuerdos de gestación por sustitución exalta las experiencias de la gestación y el parto por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales por parte de las mujeres.⁹⁴

Si se objeta la práctica de la subrogación por las dificultades de aceptación de la sociedad, no habría casi avances ni cambios en ningún área y todo seguiría igual a través de los siglos: es una respuesta psicológica y sociológicamente esperable que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y rechazando lo nuevo; luego suele haber respuestas de tibia aceptación, hasta que se da una asimilación casi completa como fue el caso de la fertilización *in vitro* y muchas otras nuevas tecnologías en el campo de la reproducción asistida.⁹⁵

⁹¹ ANDREWS (1990, p. 168).

⁹² PURDY (1992, pp. 309-311).

⁹³ *In re Roberto d.B.*, 923 A.2d 115 (Md. 2007).

⁹⁴ SHULTZ (1990, pp. 370-371 y 378-379), SHULTZ (2006, pp. 94 y ss.), DOLGIN (1997, pp. 181 y ss.). Todos estos autores han sido citados por FARNÓS AMORÓS (2010).

⁹⁵ CAMACHO (2009, p. 13).

9. Una propuesta de regulación: el anteproyecto de reforma del Código Civil de Argentina

El 23 de febrero de 2011 la presidenta de Argentina, Fernandez DE KIRCHNER mediante el Decreto 191/2011 (BO, de 28 de febrero de 2011), al que ya me referí, creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Esta Comisión está integrada por los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luís LORENZETTI y Elena HIGHTON DE NOLASCO y la Profesora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI quienes, el pasado mes de marzo, elevaron al poder ejecutivo nacional un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación, que actualmente está siendo evaluado para su posterior tratamiento por el Congreso Nacional.

A los efectos de reflejar el más elevado grado de consenso posible la Comisión decidió invitar a los principales profesores del país, a fin de que colaboren mediante un aporte concreto para la redacción del anteproyecto. Así, se crearon 30 subcomisiones, integradas por 3 o 4 juristas cada una. Quien suscribe este trabajo, fue designada para integrar la Subcomisión de bioética y la Subcomisión de familia, encargadas de la redacción del articulado relativo a la gestación por sustitución.

El artículo propuesto es el siguiente:

Gestación por sustitución. "El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;*
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;*
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;*
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;*
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;*
- f) la gestante no ha recibido retribución;*
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;*
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.*

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

9.1. Análisis del artículo

a) Sistema

Se regula un sistema que requiere una intervención judicial previa, disponiéndose que los médicos no podrán proceder a la transferencia sin autorización judicial. De esta manera, se asegura el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo. En este proceso judicial previo van a intervenir varios especialistas para poder realizar un abordaje complejo acorde con el que la situación plantea.

b) Filiación

En los casos de gestación por sustitución, la filiación se determina sobre la base de la voluntad procreacional. De allí que el artículo exija el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, que debe ajustarse a lo previsto por el Código y la ley especial.

Cabe resaltar que el artículo no solo demanda el consentimiento de el o los comitentes, sino también de la gestante (“de todas las parte intervinientes”). Este consentimiento previo, informado y libre supone un acuerdo voluntario, por lo que no hay por qué hablar de explotación.

Este consentimiento debe homologarse por autoridad judicial y reemplaza al consentimiento protocolizado que se exige en los otros supuestos de TRA⁹⁶, es decir, aquí, por las especiales características y por la mayor complejidad de la figura, se exige que en lugar de protocolizarse, se homologue a los efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legales. Entonces, si se cumplen los requisitos previstos legalmente, el juez procederá a la homologación y podrá procederse a la implantación en la gestante. Este consentimiento debidamente homologado (la autorización judicial), junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes deberán presentarse al registro civil para la correspondiente inscripción del nacido.

Si el juez no homologa (y a pesar de esto las partes continúan con el proceso de gestación por sustitución), o las partes no solicitan la autorización judicial, el proyecto de ley establece que la madre legal es la mujer que dio a luz al niño.⁹⁷

⁹⁶ Ver artículos 560 y ss. del anteproyecto.

⁹⁷ Esto difícilmente se producirá cuando la gestante no aporte sus óvulos y consecuentemente se requiera de fertilización in vitro, atento a que los médicos no podrán proceder a la implantación sin

c) Comitentes

Permite acudir a la gestación por sustitución tanto a las parejas casadas como a las no casadas, heterosexuales y homosexuales. También las personas solas.⁹⁸

d) Requisitos para la homologación judicial

Sin perjuicio de los demás requisitos a preverse en la ley especial que debe dictarse para reglamentar y complementar lo dispuesto en el anteproyecto, el juez solo puede proceder a la homologación si se cumplen los siguientes requisitos:

(i) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;

Esto significa, entre muchas otras cosas, que se ha evaluado la idoneidad de el/los comitentes.⁹⁹

El interés superior del niño es la cuestión principal a tener en cuenta a efectos de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución. El juez siempre podría denegar la autorización si considera que no redunda en el mejor interés del niño por nacer.

autorización judicial; sí podrá suceder cuando el embarazo de la gestante sea producto de una concepción “natural” o una inseminación artificial “casera”.

⁹⁸ Cabe tener en cuenta que en el derecho argentino, las personas solas pueden adoptar. Podría decirse que así como no han fracasado ni han habido mayores perjuicios en las adopciones monoparentales respecto de las adopciones por cónyuges o parejas de hecho, nada indica que pueda haberlos en el supuesto que se trata. Sin perjuicio de las diferencias existentes entre la gestación por sustitución y la adopción, cabe poner de relieve que la primera permite tener un hijo genéticamente propio, lo que a su vez, actúa como condición de procedencia.

⁹⁹ Véase el caso *Huddleston v. Infertility Clinic of America Inc.* (20 August 1997) (Superior Court of Pennsylvania). Disponible en: www.caselaw.findlaw.com. Se trata de un hombre de 26 años que celebró un acuerdo de gestación por sustitución con una gestante en Pennsylvania, facilitado por una clínica de fertilidad, atento a que ese Estado carece de regulación. La gestante fue inseminada artificialmente con el esperma del comitente (Austin) quien sería padre solo. De conformidad con el acuerdo, el niño (Jonathan) fue entregado al cuidado de su padre un día después del nacimiento. El niño murió aproximadamente seis semanas más tarde como consecuencia de repetidos abusos físicos. Obviamente, este trágico final no se hubiera producido de haber contado con una ley que regule y prevea analizar la idoneidad de los comitentes.

(ii) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;¹⁰⁰

Este requisito se exige a los efectos de garantizar que el consentimiento emana de una mujer competente y que la gestación por sustitución no redundará en perjuicio de la salud de la gestante.

(iii) Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético;¹⁰¹

La posibilidad de recurrir a la gestación por sustitución debería estar condicionada a que el origen de los gametos, o al menos uno (semen u óvulo), provenga de la pareja comitente.¹⁰² Esto es así, porque la gestación por sustitución se presenta como un remedio para quienes, por la causa que fuere, no pueden llegar a concebir un embarazo, más no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio. De no ser así, la pareja podría acudir a la adopción, que no genera los cuestionamientos y planteamientos morales, jurídicos, y éticos que sí genera la gestación por sustitución.

(iv) El o los comitentes deben poseer incapacidad de concebir o de llevar a término un embarazo;¹⁰³

Este requisito restringe las posibilidades de recurrir a la gestación por sustitución a aquellas mujeres que son médicamente incapaces de tener un hijo sin recurrir a las TRA. De esta manera, se previene que aquellas mujeres que médicamente son capaces de tener hijos, depositen o deleguen las barreras e incomodidades del embarazo en otra mujer por su propio confort.

En doctrina se la conoce como subrogación social. Es la forma de gestación por sustitución en la que una mujer que es capaz de gestar, decide que otra mujer lleve adelante la gestación de su hijo por razones estéticas o de confort.

¹⁰⁰ Este requisito también se demanda en Australia (la gestante debe haber sido evaluada médica y psicológicamente), Grecia (la gestante debe haberse sometido a un examen médico y a una evaluación psicológica), Israel (las evaluaciones médicas y psicológicas de la gestante se presentan ante el comité), etc.

¹⁰¹ Este requisito también se exige, entre otros ordenamientos en el Reino Unido, Israel (el padre comitente debe aportar su semen, pero el óvulo puede ser de una donante), Sudáfrica (se deben utilizar los gametos de los comitentes a menos que esto es imposible, como resultado de razones médicas o de otro tipo, en cuyo caso al menos uno de los comitentes debe estar genéticamente relacionado con el niño), etc.

¹⁰² Si bien esta es la tendencia en el derecho comparado, también se encuentran algunas excepciones al requerimiento de este requisito. Véase, por ejemplo, The Uniform Parentage Act, reformada en 2002 (disponible en: www.law.upenn.edu), o el nuevo dictamen de la ley del Distrito Federal de México (aún pendiente de tratamiento), que a diferencia del texto aprobado el 30 de noviembre de 2010, no exige que los comitentes aporten su material genético.

¹⁰³ Este requisito también se exige, entre otros ordenamientos en Grecia, Israel, Nueva Zelanda, Sudáfrica, etc.

Una mujer no está obligada a tener un hijo y puede decidir no hacerlo, pero ¿Puede ella legítimamente transferir el riesgo a otra mujer, sobre todo si esto implica recurrir a la gestación por sustitución sin razones médicas?¹⁰⁴ La respuesta debe ser negativa.

(v) Debe tratarse de gestación por sustitución gestacional;

La gestante sólo debe aportar la gestación mas no sus óvulos.

Se considera¹⁰⁵ que la posterior entrega es más fácil para la gestante que no está relacionada genéticamente con el niño, siendo esta la tendencia en el derecho comparado, a los efectos de evitar conflictos.¹⁰⁶

(vi) El contrato, en principio, debe ser gratuito, es decir, el móvil debe ser altruista;

La gestante no puede recibir retribución, lo que no impide que sí pueda ser compensada. La ley especial deberá determinar el contenido de esta compensación luego de un debate ético y responsable, que contemple todos los aspectos en juego.

En el derecho comparado se encuentran distintas respuestas. En algunos casos, el monto o los rubros que comprende esta compensación están indefinidos (por ejemplo, en el Reino Unido); en otros, expresamente se incluyen, por ejemplo, gastos médicos, asesoramiento y/o gastos legales (por ejemplo, en Australia, Grecia, Nueva Zelanda, Sudáfrica); y, en unos pocos Estados también se comprende "la pérdida de ingresos" (por ejemplo, en Grecia). La legislación de Israel permite que el comité que aprueba los pre-acuerdos de subrogación autorice pagos mensuales a la gestante en compensación por el "dolor y sufrimiento", así como el reembolso de sus gastos. La Ley no especifica montos mínimos o máximos, dejándolo a la discrecionalidad de las partes y, en última instancia, a la del comité.

(vii) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces;

Este requisito fue copiado de la ley de México DF, a los efectos de evitar abusos y que mujeres se conviertan en "máquinas productoras de hijos ajenos".

¹⁰⁴ Véase REILLY (2007, pp. 484-485).

¹⁰⁵ CUSSINS (1998, pp. 40-66), RAGONE (1994, p. 75), *Id. últ. cit.* (1998, pp. 102-117) e *Id. últ. cit.* (2000, pp. 111-138).

¹⁰⁶ La gestación por sustitución "tradicional" está expresamente prohibida en Rusia, Australia (ACT) e Israel, entre otros.

(viii) La gestante debe tener al menos un hijo previo propio.¹⁰⁷

Este requisito asegura que la gestante comprende la gravedad de su compromiso, porque ella ha sufrido los rigores de la gestación y el parto de un niño. Además, este requisito alivia las preocupaciones que implican privar a una madre primeriza de su primer hijo.

e) Revelación del origen¹⁰⁸

Así como sucede en la adopción, los comitentes deben comprometerse a que revelarán a su hijo que éste ha sido concebido gracias a la ayuda de la gestación por sustitución.

Además, y para el supuesto que los comitentes no cumplan con este compromiso una vez que el niño ha alcanzado la edad y madurez suficiente, podrá acceder al expediente que, como se vio, deberá conservarse por el organismo judicial.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Véase, entre otras, la legislación de Israel (la gestante debe haber dado a luz al menos una vez pero no más de tres veces), de Nueva Zelanda (la gestante debe haber completado su familia), y de Sudáfrica (la gestante debe tener un hijo vivo propio). También la VA. CODE ANN. § 20-160(B) (2) (2004) que requiere al menos un hijo previo propio.

¹⁰⁸ La cuestión relativa al secreto de los orígenes y al anonimato adquiere dimensiones particulares en los casos de gestación por sustitución, ya que está basado en un acuerdo entre las partes. Una gestante puede acabar interviniendo en la vida familiar. Hay casos documentados en los que la gestante se ha mantenido en contacto, principalmente con los padres, pero a veces también con los niños que la ven como una niñera. En el año 2003 se realizó un estudio en Inglaterra con 42 parejas, que como consecuencia de haber acudido a la gestación por sustitución, tenían un niño de un año de edad. De acuerdo con el estudio el 91% de las madres y el 93% de los padres vieron a la gestante al menos una vez después del nacimiento. La gestante vio de nuevo al niño en el 76% de los casos. Alrededor del 60% de las parejas continua viendo a la gestante un par de veces al año y en la mayoría de los casos la relación parece ser armoniosa. Entre los casos en los que la gestante ha visto al niño el 92% de las madres y el 90% de los padres ven la participación de la gestante en la vida del niño de manera positiva. MACCALLUM (2003, p. 1339).

¹⁰⁹ El balance de las madres comitentes muestra que la mayoría tiene la intención de decirle a su hijo desde una temprana edad cómo ha sido concebido y gestado. En los Estados Unidos, algunas madres comitentes, aunque con buenas intenciones, se encuentran con dificultades acerca de cuándo decirle al niño. Las guías estadounidenses pretenden fomentar la apertura acerca de los orígenes del niño (incluso en algunos programas cerrados), pero no especifican cómo y cuándo es el momento óptimo para decírselo al niño. La apertura en cuanto a la concepción, gestación y orígenes genéticos tiene también razones prácticas, especialmente en el Reino Unido, donde muchas gestantes y parejas comitentes desarrollan una fuerte relación de amistad, debido a que los cambios físicos y emocionales son relevantes para ambas partes. Muchas parejas también experimentan grandes altos y bajos, por ejemplo la alegría cuando el test da positivo o cuando se comparte la experiencia del parto, o, si el embarazo no logra establecerse o resulta en una pérdida, ambas partes sufren juntas estas difíciles condiciones. De esta manera, logran conocerse íntimamente por la duración de al menos un año y muchos desean permanecer en contacto luego de que el arreglo ha terminado. Otra razón práctica es que el Reino Unido no permite la existencia de agencias o

10. Reflexiones finales

Existe una creciente concienciación de que en una sociedad liberal la gente debería elegir dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados (por ejemplo, siéndoles denegado el acceso a los fondos y recursos de la sanidad pública) por elegir alternativas al formato de familia tradicional (heterosexual o monógama), a no ser que esto implique un peligro claro y serio para la sociedad o para el niño recién nacido de tales formas alternativas de procreación (por ejemplo, de relaciones incestuosas). Desde su punto de vista, esto es una consecuencia inevitable de vivir en una sociedad liberal democrática que tolera la pluralidad de lo que Stuart MILL llama “experimentos con la vida”. Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla.¹¹⁰

La gestación por sustitución es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades.

Como sostiene Elisabeth ROUDINESCO “No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto ... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos.”¹¹¹

intermediarios, de modo que es prácticamente imposible que no lleguen a conocerse mutuamente. Finalmente, es imposible para la mayoría de las mujeres comitentes esconder la verdad en su entorno social acerca de que no han estado embarazadas. VAN DEN AKKER (2007, pp. 53-62).

¹¹⁰ CHARLESWORTH (1996, p. 78).

¹¹¹ RUE 89. 24/04/2009.

11. *Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>Partes/Cita</i>
New Jersey Supreme Court, 03.02.1988	537, A.2d 1227, 109 N.J. 396, 1988.NJ.41301	C. J. Wilentz	<i>Mary Beth and Richard Whitehead v William and Elizabeth Stern</i>
Superior Court of Pennsylvania, 20.08.1997	PMID: 11648634	Saylor	<i>Huddleston v Infertility Clinic of America Inc.</i>
Tokyo High Court, 23.03.2007	Minshu Vol. 61º, núm. 2	Y. Furuta	<i>Kyo</i>
High Court of Justice (Family Division), 28.11.2007	[2007] EWHC 2814 (Fam)	J. McFarlane	<i>G (Surrogacy: Foreign Domicile)</i>
Supreme Court of India, 29.09.2008	[2008] INSC 1656	J. Arijit Pasayat	<i>Baby Manji Yamada v Union of India & ANR</i>
High Court of Justice (Family Division), 09.12.2008	[2008] EWHC 3030 (Fam)	J. Hedley	<i>X & Y (Foreign Surrogacy)</i>
Corte App. Bari, 19.02.2009	Diritto e Famiglia, núm. 3, 2010		<i>Cittadini inglesi c Comune di Bari</i>
High Court of Gujarat At Ahmedabad, 11.11.2009	SCA 3020/2008	K. Radhakrishnan	<i>Jan Balaz v Anand Municipality</i>
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, 14.04.2010	AR/JUR/75333/2010		<i>B., M. A. c F. C., C. R</i>

Trib. Cont. AP/JUR/288/2012 Adm. y Trib., CABA, 22.03.2012					<i>D.C.G y G.A. M. c GCBA, s/Amparo</i>
High Court of Justice (Family Division), 28.05.2010	[2010] EWHC 1180 (Fam)		J. Hedley		<i>K (Minors) (Foreign Surrogacy)</i>
JPI Valencia, núm. 15, 15.09.2010	AC 2010/1707		E. Moreno	Tabernero	<i>M.F. c Ministerio de Justicia - DGRN</i>
Court of Appeal - Family Division, Birmingham District, 21.01.2011	[2011] EWHC 33 (Fam)		J. Baker		<i>CW v NT & Anor</i>
Court of Appeal, Liege, 06.09.2010	2010/RQ/20				<i>Twins M&M</i>
High Court of Justice (Family Division), 08.03.2011	[2011] EWHC 921 (Fam)		J. Hedley		<i>IJ (A Child)</i>
Cour de cassation - Première chambre civile, 06.04.2011	370/10-19.053		M. Charruault		<i>Menesson</i>
High Court of Justice (Family Division), 08.07.2011	[2011] EWHC 1738 (Fam)		J. T. Dbe		<i>A and A v P, P and B</i>
Supreme Court of the State of New York, Appellate Division, 09.08.2011	D32071 6557/09	Y/kmb,	L. B. Austin		<i>T.V. v New York State Departement of Health</i>
Supreme Court, New York, 19.08.2004	5 Misc 3d 424		J. Jane, S. Solomon		<i>Doe v New York City Bd. of Health</i>

Supreme Court, Queens County, 16.11.1994	163 Misc 2d 757	J. Edwin Kassoff	<i>Arredondo</i> <i>Nodelman</i>	<i>c</i>
North Gauteng High Court, Pretoria, 27.09.2011	ZAGPPHC 2011/185	R. G. Tolmay	<i>W. H., U. V. S.,</i> <i>L. G., B. J. S.</i>	
AP Valencia, 10ª, 23.11.2011	AC 2011/1561	C. Esparza Olcina	<i>Porfirio et al.</i> <i>Ministerio de</i> <i>Justicia - DGRN</i> <i>et al.</i>	<i>c</i>
High Court of Justice (Family Division), 06.12.2011	[2011] EWHC 3147 (Fam)	N. Wall	<i>X and Y</i> <i>(Children)</i>	
Supreme Court of Israel	CFH 240/95, 1995-6 IsrLR 1		<i>Nahmani</i> <i>Nahmani</i>	<i>c</i>
1ª vara de família e Registro Civil da Comarca do Recife, 28.02.2012		C. Bezerra e Silva	<i>M.A.A.</i> <i>W.A.A.</i>	<i>y</i>

12. Bibliografía

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2010), "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, pp. 339-377

ALBARRÁN GARCÍA, R. (2011), *La relación entre filiación biológica y filiación jurídica: supuestos relevantes de su quiebra*, Tesis doctoral inédita, Sevilla.

ANDRE, M., MILON, A. y DE RICHEMONT, H. (2008), "Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui", *Rapport d'information*, núm. 421, Sénat.

ANDREWS, L. B. (1986), "My body, my property", *Hastings Center Report*, Vol. 16º, núm. 5, pp. 28-38.

ANDREWS, L. B. (1990), "Surrogate motherhood: The challenge for feminists", GOSTIN, L. (Ed.) *Surrogate motherhood: Politics and privacy*, Indiana University Press, Bloomington & Indianapolis.

BERGER, S. M. (2010), *Maternidad Subrogada: un contrato de objeto ilícito*, La Ley, Actualidad, Buenos Aires.

BORDA, G. A. (2008), *Tratado de derecho civil. Familia*, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires.

BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. (1985), *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires.

CAMACHO, J. M. (2009), *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, disponible en: www.fundacionforo.com, compulsado el 27-08-2011.

CAMPIGLIO, C. (2009), "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 45, pp. 589-604.

MIR CANDAL, L. (2010), "La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada", *Revista Redbioética/UNESCO*, Vol 1º, núm. 1, julio 2010, pp. 174-188.

CHARLESWORTH, J. (1996), *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge University Press. Cambridge.

COHEN, J. (2006), "Le tourisme procréatif: un pis-aller", *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, Vol 34º, núm 10, pp. 881-882.

COLEMAN, M. (1996), "Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction", *Cardozo Law Review*, Vol. 497º, núm. 17.

CUSSINS, C. (1998), "Quit Sniveling, Cryo-Baby, We'll Work Out Which One's Your Mama!", en DAVIS-FLOYD, R. y DUMIT, J. (Eds.) *Cyborg Babies: From Techno-Sex to Techno-Tots*, Routledge, New York, pp. 40-66.

DOLGIN, J. L. (1997), *Defining the Family. Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age*, New York University Press, New York and London.

DREYZIN DE KLOR, A. y HARRINGTON, C. (2011), "La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 5, octubre 2011, pp. 301-329.

FAMÁ, M. V. (2011), "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", *La Ley*, Buenos Aires, pp. 1204-1225.

FARNÓS AMORÓS, E. (2010), "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la gestación por sustitución en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret 1/2010*, (www.indret.com), pp. 1-25.

--- (2010, b) "European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting", *InDret 3/2010*, (www.indret.com), pp. 1-17.

GOLOMBOK, S. y MURRAY, C. (2004), "Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life", *Fertility and Sterility*, Vol. 80º, Supl. 3, pp. 50-63.

GOLOMBOK, S. y MCCALLUM & GOODMAN, E. (2001), "The test-tube generation: parent-child relationships and the psychological well being of IVF children at adolescence", *Child Development*, Vol. 72º, núm. 2, pp. 599-608.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994), *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid.

GROSSMAN, J. L. (2010), "Time to Revisit Baby M.? A New jersey Court Refuses to Enforce a Surrogacy Agreement, Part Two", *FindLaw*, disponible en www.writ.lp.findlaw.com.

GUPTA, J. A. (2006), "Towards Transnational Feminisms: Some Reflections and Concerns in Relation to the Globalization of Reproductive Technologies", *European Journal of Women's Studies*, Vol. 13º, Issue: 1, pp. 23-38

HANAFIN, H. (1987), "Surrogate parenting: reassessing human bonding", texto presentado ante la American Psychological Association Convention, Nueva York, disponible en: www.claradoc.gpa.free.fr, compulsado el 12-02-2012.

HATZIS, A. N. (2009), "From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece", *Portuguese Economic Journal*, Vol. 49º, núm. 3, pp. 205-220.

HERRERA, M. (2008), "Filiación, adopción y distintas estructuras familiares en los albores del siglo XXI", en FERREIRA BASTO, E. y DIAS, M. B. (Eds.) *A família além dos mitos, Aspectos do Direito de Família nacional e internacional*. Porto Alegre: Editora Del Rey, (recopilación de todas las disertaciones esgrimidas en el I Congresso Internacional de Direito de Família, Brasília, 17 al 19 de noviembre de 2006), pp. 151-200.

HOOFT, P. F. (1999), *Bioética y derechos humanos*, Depalma, Buenos Aires.

KEEN, J. (2007), "Surrogate relishes unique role", *USA Today*, compulsado el 12-02-2012.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E. (2011), "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", *Revista La Ley*, pp. 1-19.

--- (2012) "Los criterios de la determinación de la filiación en crisis", en GÓMEZ DE LA TORRE, M. (Dir.), LEPIN, C. (Coord.) *Reproducción Humana Asistida*, (en prensa).

LAFFERRIERE, J. N., y BASSET, Ú. C. (2011), "Dos madres, padre anónimo, presunción de maternidad en parejas de hecho no comprobadas, un niño con identidad paterna pretorianamente silenciada", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, núm. 6, julio 2011, pp. 47-63.

LAMM, E. (2011), "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 50, julio 2011, pp. 107-132.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012), "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", *Diario La Ley*, núm. 7777, pp. 1 y ss

LLOVERAS, N. y MIGNON, M. B. (2011), "La ley 26618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil", *Jurisprudencia Argentina*, Vol. 3º, núm. 7, pp. 3-20.

MASSAGER, N. (2001), "Gestation pour autrui", en HOTTOIS, G. y MISSA, J. N. (Eds.) *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, De Boeck Université, Bruxelles.

MCLACHLAN, H. V. y SWALES, J. K. (1991), "Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 72º, pp. 91-107.

MÉNDEZ COSTA, M. J. y D'ANTONIO, D. H. (2001), *Derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

MILL, J. S. (1859), *On liberty*, Parker, London.

MURPHY, M., JONES, D., HALLAM, Z., MARTIN, R., HAKIN, R. y VAN DEN AKKER, O. B. A. (2002), *Infertility in focus: how far would you go*, documento presentado ante la "Society for Reproductive and Infant Psychology Conference", Sheffield.

NEWMAN, A. (2010), "What Happens When Surrogacy Meets Abortion?", *RH Reality Check*, 7-10-2010, compulsado el 12-02-2012.

POOTE, A. E. y VAN DEN AKKER, O. B. A. (2009), "British women's attitudes to surrogacy", *Human Reproduction*, Vol. 24º, núm.1, pp. 139-145.

PURDY, L. M. (1992), "Another look at contract pregnancy", en HOLMES, H. B. (Ed.) *Issues in reproductive technology: An anthology*, Garland Publishing, New York & London.

PYTON, E. (2001), "Is surrogate motherhood moral?", *The Humanist*, Vol. 61º, núm. 5.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2009), "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret 3/2009*, (www.indret.com), pp. 1-42.

RAYMOND, J. (1993), *Women as Wombs: Reproductive technologies and the battle over women's freedom*, Harper Collins, San Francisco.

RAGONE, H. (1994), *Surrogate motherhood: conception in the heart*, Oxford Westview Press, San Francisco.

--- (1998), "Incontestable Motivations", en FRANKLIN, S. y RAGONE, H. (Eds.) *Reproducing Reproduction: Kinship, Power, and Technological Innovation*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.

--- (2000), "Of likeness and difference: How race is being transfigured by gestational surrogacy", en RAGONE, H. y WINDDANCE TWINE, F. (Eds.) *Ideologies and Technologies of Motherhood*, Routledge, New York.

REILLY, D. (2007), "Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers", *Canadian Medical Association Journal*, Vol. 176º, núm. 4, pp. 483-485.

RIVERA, J. C. (2007), *Instituciones de derecho civil*, 4ª ed., LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

SAMBRIZZI, E. A. (2010), "El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada", *La Ley online*.

--- (2011), "Maternidad subrogada. Reforma proyectada", *La Ley*, compulsado el 06-12-2011.

SHALEV, C. (2011), "Israel", en MONÉGER, F. (Dir.) *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood*, Société de législation comparée, Paris, pp. 179-192.

SHENFIELD, F., PENNINGS, G., COHEN, J., DEVROEY, P., DE WERT G. y TARLATZIS B. (2005), "ESHRE Task Force on Ethics and Law including", *Human Reproduction*, Vol. 20º, núm. 10, pp. 2585-2588.

SHIFFRIN, S. V. (1999), "Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm", *Legal Theory*, Vol. 5º, pp. 117-148.

SHULTZ, M. M. (1990), "Reproductive technology and intent-based parenthood: an opportunity for gender neutrality", *Wisconsin Law Review*, núm. 297, pp. 297-398.

SHULTZ, M. M. (2006), "Taking Account of Arts in Determining Parenthood: a Troubling Dispute in California", *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 19º, pp. 77-128.

SOUTO GALVÁN, B. (2005), "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 1, pp. 275-292

--- (2006), "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución", *Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante*, disponible en www.rua.ua.es, pp. 181-195.

VAN BALEN, F., VERDURMEN, J. y KETTING, E. (1996), "Choices and motivations of infertile couples", *Patient Education and Counseling*, Vol. 31º, núm. 1, pp. 19-27.

VAN DEN AKKER, O. B. A. (2003), "Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy", *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, Vol. 21º, núm. 2, pp. 145-161.

--- (2007), "Psychosocial aspects of surrogate motherhood", *Human Reproduction Update*, Vol. 13º, núm. 1, pp. 53-62.

VAN NIEKERK, A. y VAN ZYL, L. (1995), "The ethics of surrogacy: women's reproductive labour", *Journal of Medical Ethics*, núm. 21, pp. 345-349.

--- (1995, b), "Commercial surrogacy and the commodification of children: An ethical perspective", *Medicine and Law*, Vol. 14º, núm. 3/4, pp. 163-170.

--- (2000), "Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood", *Journal of Medical Ethics*, Vol. 26º, núm. 5, October 2000, pp. 404-409.

VELA SÁNCHEZ, A. J. (2012), "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España A propósito de la sentencia de

la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *Diario La Ley. Sección Doctrina*, núm. 7815, Año XXXIII, pp. 1-12.

WAGMAISTER, A. (1990), "Maternidad subrogada", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 22-40.

WAGMAISTER, A. y LEVY, L. (1995), "La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica", *Jurisprudencia Argentina*, núm. 1, pp. 451-466.

WERTHEIMER, A. (1997), "Exploitation and commercial surrogacy", *Denver University Law Review*, núm. 74, pp. 1215-1229.

ZANNONI, E. (1998), *Derecho civil. Derecho de Familia*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires.